

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL:

ENTRE EXCESSOS E INSUFICIÊNCIAS PERDEM AS INSTITUIÇÕES

Em nosso País, cultiva-se o hábito de se estender uma situação ou estado de insuficiência (de leis, de aparatos administrativos, de fiscalização, de serviços básicos ou de estruturas) além do tolerável. Após um período de omissões, desvios de funções, ineficiências e inatividades, tanto dos entes públicos quanto dos privados, a situação se esgarça até a sua ruptura. Alcançado esse ponto de vitória suprema da insuficiência, como que a querer esconder culpas e contribuições (diretas ou indiretas) para tal rompimento, todos (agentes públicos e privados) buscam se refugiar no extremo oposto (o excesso) que parece ser, a princípio, a solução dos problemas. Tolo engano.

Quando a falta de critério racional para determinar as reais causas, desvios e conseqüências ocorre com a habitualidade brasileira do período pós-Constituição e os opostos (excessos e insuficiências) vêm defendidos por instituições públicas (Executivo, Legislativo, Judiciário) ou privadas (empresariado, imprensa, movimentos populares, sociedade organizada ou desorganizada), caminha-se a passos largos para uma crise do próprio Estado Democrático de Direito. Alguns exemplos desses desvios barrocos do racional jurídico revelam-se em acontecimentos recentes.

Devido à grande ocorrência de mortes no trânsito em razão do consumo de bebidas alcoólicas pelos motoristas, houve um recrudescimento legislativo quanto aos níveis toleráveis de álcool por mililitro de sangue. A causa dos acidentes (embriaguez ao volante) é atacada (tardamente) pela lei, com a diminuição daquela tolerância. Essa medida já deveria ter sido tomada (inércia legislativa), mas, mesmo antes de sua edição, as autoridades públicas (agências estaduais e federais) responsáveis pelo controle do tráfego de veículos já poderiam ter sido mais diligentes em fiscalizar o cumprimento da lei até então existente. Isso já teria evitado milhares de mortes. Contudo, essas insuficiências (legislativa e administrativa), aliadas à falta de consciência do cidadão-motorista (insuficiência educacional e de comportamento social), fizeram com que o legislador exorbitasse e punisse o condutor que exerça seu direito constitucional de não produzir prova contra si mesmo. Instituições públicas e privadas assumiram a defesa de posições opostas: umas afirmam que a lei deve limitar a Constituição e, em decorrência, a pessoa que não se submeter ao exame de bafômetro deverá ser punida; outras entendem ser a lei inconstitucional nesse ponto punitivo. Direção e álcool não combinam, mas não há razão para se privar o cidadão de um direito constitucional. A solução não é uma discussão institucional, mas que um médico ateste, clinicamente, o estado físico de

quem se recusar a produzir prova contra si mesmo.

Com a mesma lógica barroca entre excesso e insuficiência, encontramos Instituições (públicas e privadas) se digladiando quanto ao uso de algemas e à exposição humilhante de pessoas presas no curso de persecuções penais. As classes sociais mais desapercibidas são as primeiras, junto com importantes instituições públicas e privadas, a defender que os “ricos” sejam tratados como os “pobres”, isto é, sejam algemados e expostos à mídia de forma aviltante, desumana e degradante, condenando-os à lepra social da presunção da culpa, antes mesmo da investigação policial terminar. A ineficiência do sistema em investigar, processar e julgar crimes de maior complexidade executiva (aí está a insuficiência das instituições) gera uma reação em sentido oposto e igualmente nociva, qual seja, todos devem ser humilhados e punidos, mesmo antes da culpa formada (aqui vemos o excesso). Ninguém deve ser humilhado, nem “pobres” nem “ricos”. Não há porque instituições perderem tempo discutindo se existe ou não exagero no uso de algema e na exposição à mídia. Os excessos são inultráveis e devem ser proibidos em favor de todos os cidadãos.

O IBCCRIM foi uma das primeiras instituições a denunciar os mandados de busca e apreensão indeterminados e coletivos que a polícia paulista executava em favelas e localidades pobres. Poucos ouviram, e agora todos são vítimas dessa ilegalidade. O IBCCRIM sempre defendeu e participou de propostas de reforma e aperfeiçoamento da lei de interceptação telefônica, que desde o início se mostrou falha e insuficiente. Poucos ouviram, e hoje o excesso de ordens judiciais de interceptação e o desvirtuamento desse importante instrumento de investigação assombram a intimidade de todos, é motivo para uma CPI no Congresso e para matérias jornalísticas que colocam o Brasil como o “paraíso do grampo”.

Chegamos ao ponto crucial do presente instante. O Poder Judiciário, em seus vários níveis hierárquicos, não deve se debruçar em dilacerações autofágicas ou sequer permitir que outras instituições, (muitas vezes para ganhar o que ainda não possuem) lhe arranhem o prestígio. Deve o Judiciário aproveitar o momento para expor a insuficiência das atuais leis ordinárias criminais que possuímos, e a falta de um moderno aparelhamento das Instituições Judiciárias e de Segurança Pública para atender às necessidades e carências da população. O povo brasileiro não deve se submeter a mais essa violência institucional que induz a acreditar que há “Justiças” diferentes para pessoas diferentes, e muito menos a acreditar que não há mais “Justiça”, seja para quem for. Todos precisamos de Instituições conscientes de seus papéis na República. Todos queremos o que a nossa Constituição nos garante.

- **EDITORIAL:**
ENTRE EXCESSOS E INSUFICIÊNCIAS PERDEM AS INSTITUIÇÕES 1
- **O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA NO NOVO PROCEDIMENTO**
Antonio Scarance Fernandes e Mariângela Lopes 2
- **SOBRE PROCEDIMENTOS E ANTINOMIAS**
Geraldo Prado 4
- **POR QUE O JUIZ NÃO DEVE PRODUIR PROVAS - A NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 156 DO CPP (LEI Nº 11.690/2008)**
Luis Gustavo Grandinetti, Castanho de Carvalho e Solon Bittencourt Depaoli 6
- **EXPOSIÇÃO DO PRESO À MÍDIA**
Ana Lúcia Menezes Vieira 8
- **TERMOS DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO (TCC) E SEUS REFLEXOS NO CRIME DE CARTEL**
Eduardo Reale Ferrari 9
- **O BRASIL NO BANCO DOS RÉUS: DEZ ANOS DO RECONHECIMENTO DA JURISDIÇÃO OBRIGATORIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**
André de Carvalho Ramos 11
- **DEFENSORIA PÚBLICA: A JUSTIÇA ONDE O POVO ESTÁ**
Vitore André Zilio Maximiano 12
- **OS BONS VENTOS DE HAIA**
Marcos Alexandre Coelho Zilli 13
- **TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E CRIME AMBIENTAL**
Helena Regina Lobo da Costa 15
- **AINDA AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO HUMANAS**
Maria Garcia 16
- **OS CIRCURSOS DE EMERGÊNCIA E O COMPROMETIMENTO DA CONSIDERAÇÃO SISTÊMICA DO DIREITO PENAL**
Ana Elisa Bechara 17

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

O DIREITO POR QUEM O FAZ

- **RECEPÇÃO E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE** 1193

EMENTAS

- Supremo Tribunal Federal 1195
- Superior Tribunal de Justiça 1196
- Tribunais Regionais Federais 1196
- Tribunais de Justiça 1198

O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA NO NOVO PROCEDIMENTO

Antonio Scarance Fernandes e Mariângela Lopes

Uma das mais relevantes questões a respeito da reforma do Código de Processo Penal refere-se à dificuldade em se interpretar os dispositivos que prevêm dois momentos para o recebimento da denúncia ou queixa: 1. O primeiro, antes da apresentação da resposta do réu; 2. O segundo, após a sua apresentação. O primeiro consta da nova redação dada ao artigo 396, do Código de Processo Penal: “Nos procedimentos ordinário e sumário, **oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente**⁽¹⁾, **recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.**” O segundo está no novo artigo 399: “**Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.**”

Assim, pode haver um inicial recebimento da denúncia ou queixa se não houver sua rejeição liminar. São, assim, duas as possibilidades do juiz: rejeição liminar ou recebimento. Se receber, manda citar o acusado para apresentar sua resposta. O outro recebimento pode ocorrer depois de ser facultada ao acusado a possibilidade de apresentar a sua resposta, na qual poderá alegar tudo que deseja em sua defesa e postular a rejeição da acusação ou a sua absolvição sumária. O juiz pode seguir três caminhos: rejeita a acusação, absolve sumariamente ou recebe a denúncia ou queixa. Se receber, marcará audiência para produção de provas, debates e julgamento.

Os novos textos geraram perplexidades e dúvidas.

As perplexidades foram motivadas pela dissonância entre os textos aprovados e os constantes do Projeto nº 4.207/2001, que deu origem à Lei nº 11.719/2008. Ele não previa um primeiro recebimento da denúncia no artigo 396, assim redigido: “Nos procedimentos ordinário e sumário, **oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, ordenará a citação do acusado para responder a acusação, por escrito, no prazo de dez dias, contados da data da juntada do mandado aos autos ou, no caso de citação por edital, do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído.**” Havia somente um momento para o juiz receber a denúncia ou queixa, aquele posterior à apresentação da resposta pelo réu. A intenção era a de criar a possibilidade da apresentação de defesa pelo acusado antes do recebimento ou rejeição da peça acusatória, nos moldes existentes no pro-

cedimento especial previsto para os crimes praticados por funcionário público.

Sobre o Projeto, comentou **Maria Silvia Garcia de Alcaraz Reale Ferrari**: “O Projeto de Lei 4.207/01, com primor, introduz no ordenamento jurídico, como regra, a **defesa preliminar, antes do recebimento da denúncia ou queixa-crime: em seu artigo 395, dispõe que, nos procedimentos ordinários e sumário, oferecida a denúncia ou queixa-crime, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, ordenará a citação do acusado, para responder à acusação, por escrito, no prazo de dez dias**”⁽²⁾. Observa a autora: “**A defesa preliminar, aplicável a todos os procedimentos, é inovação brilhante merecedora de aplausos, ante a obediência desmedida aos princípios garantísticos constitucionais**” (grifo nosso)⁽³⁾.

Na Câmara dos Deputados, houve alteração do projeto, mantendo-se o recebimento do projeto e criando-se outro antes da resposta do réu. No Senado Federal, optou-se pela manutenção do texto original. No entanto, quando o texto voltou à Câmara, a emenda proposta pelo Senado foi rejeitada, conforme parecer do deputado **Régis Fernandes de Oliveira**⁽⁴⁾, do qual se depreende a intenção de evitar o seguimento de processos com acusações manifestamente ineptas.

A falta de técnica do legislador gerou dúvidas e já se esboçam equivocadas interpretações.

Apesar da falta de técnica, tem-se a realidade dos novos artigos e das previsões de dois recebimentos, sendo mister dar-lhes interpretação condizente com o espírito da reforma e com a intenção do legislador.

Em que pese o legislador ter usado a mesma denominação para os dois atos do juiz, representam, nos termos da lei, atos distintos, embora tenham a mesma finalidade: análise da possibilidade de ser aceita a acusação. A diversidade entre eles decorre, até com certa facilidade, dos artigos que regulam essa fase de admissibilidade da acusação.

Como se extrai do artigo 396, o primeiro recebimento está ligado à não rejeição liminar da denúncia ou queixa, ou, em outras palavras, ele ocorre quando há viabilidade de se dar seguimento ao processo, porque, numa análise preliminar, não há razão para se repelir a acusação. Não mais do que isso. Pode-se, até mesmo, afirmar que se trata de um recebimento preliminar, provisório. Depois dele, o acusado será citado para apresentar a resposta, mas ainda se segue na fase de admissibilidade

de acusação, ainda não encerrada.

Também se retira do artigo 399 que, se após a resposta do acusado, os seus argumentos não forem acolhidos, o juiz não rejeitará a denúncia ou queixa, não absolverá sumariamente, e, então, receberá a peça acusatória, encaminhando o processo para a fase seguinte do julgamento.

A existência de dois juízos de admissibilidade não é fenômeno novo. Isso ocorre, entre nós, nos processos de júri. Em outros países, também eles são encontrados.

Por outro lado, é característica do processo penal a existência dos conhecidos juízos de formulação progressiva, bem retratados pela doutrina, desde **Carne-lutti**, e, entre nós, desde **Frederico Marques**⁽⁵⁾. Tratam-se juízos diversos pela profundidade de cognição exigida, mas incidentes sempre sobre as mesmas matérias: existência do crime e elementos sobre a autoria.

Têm surgido, entretanto, interpretações de que somente existe um momento, o do artigo 396, para o recebimento da denúncia ou queixa: antes do momento de oferecimento da resposta pelo réu. Para justificar essa orientação, acrescenta-se ao artigo 399 o que dele não consta. Afirma-se que teria ocorrido uma omissão por parte do legislador e um erro na redação do texto legal, pois deveria ter sido redigido da seguinte forma: “**Recebida a denúncia ou queixa e não sendo o caso de absolvição sumária, o juiz designará dia e hora para a audiência**”⁽⁶⁾.

Essa exegese não resiste a qualquer tipo de interpretação. Não é o que se extrai do texto literal do artigo 399. Não é o que deriva da análise sistemática dos artigos que compõem a fase de admissibilidade da acusação. Não é o que dimana do espírito da reforma e da intenção do legislador. Os próprios comentadores acrescentam palavras não existentes no artigo 399. Não teria sentido abrir oportunidade ao acusado para a sua resposta, na qual pode alegar qualquer matéria em sua defesa, inclusive as que possibilitam a rejeição da denúncia ou queixa, se o juiz não pudesse mais rejeitar a acusação. As últimas reformas no Brasil (Lei sobre Competência Originária, Lei dos Juizados Especiais Criminais, Lei Antitóxicos) e a projetada para os procedimentos do código tiveram como objetivo proporcionar ao acusado se defender antes de ser admitida a acusação. O legislador, como está no parecer acima referido, elaborado por talentoso juiz de direito, quis, com o recebimento preliminar, impedir o seguimen-

to de processos quando a acusação for manifestamente inidônea, com o objetivo de proteger o acusado, a fim de não precisar comparecer perante o juízo e se defender.

Embora não tenha o legislador usado da melhor técnica, criou um procedimento justo e equilibrado. Permite ao Ministério Público ou à vítima oferecer denúncia ou queixa. Possibilita ao juiz, em casos de manifesta falta de idoneidade da acusação, que o juiz, que, liminarmente, não a acolha, recebendo provisoriamente a denúncia, para o fim de ser o acusado citado. Dá ao acusado oportunidade de se defender. Finalmente, antes de se encaminhar o processo a julgamento, o juiz fará o juízo final de admissibilidade da acusação, quando poderá, aí sim, num juízo mais aprofundado, absolver sumariamente o acusado, repelir a acusação ou receber a denúncia ou queixa.

NOTAS

- (1) Segundo a nova redação do artigo 395, do CPP, a denúncia ou queixa será rejeitada quando: “I – for manifestamente inepta; II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III – faltar justa causa para o exercício da ação penal.”
- (2) Código de Processo Penal, Comentários aos Projetos de Reforma Legislativa, Editora Millennium, 2003, p. 151.
- (3) Código de Processo Penal, Comentários aos Projetos de Reforma Legislativa, Editora Millennium, 2003, p. 152.
- (4) Consta do parecer: “Emenda n. 8: Pretende alterar no

caput do art. 395, do Código de Processo Penal, o termo ‘recebê-la-á’ sob a justificativa de que o ato de recebimento da denúncia está previsto no momento descrito no art. 399. O instrumento que é o processo, não pode ser mais importante do que a própria relação material que se discute nos autos. Sendo inepta de plano a denúncia ou queixa, razão não há para se mandar citar o réu e, somente após a apresentação de defesa deste, extinguir o feito. Melhor se mostra que o Juiz ao analisar da denúncia ou queixa ofertada fulmine relação processual infrutífera. Rejeita-se a alteração proposta pelo Senado.”

- (5) Citando **Frederico Marques**, fala-se no juízo progressivo adquirido com base em “dados e elementos diversos” e, em sua formulação por meio da imputação, produz “efeitos e consequências de natureza diferente, consoante integre uma notícia criminis, uma acusação ou uma sentença condenatória, respectivamente” (**FERNANDES, Antonio Scarance. Reação Defensiva à Imputação**, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 156).
- (6) **MENDONÇA, Andrey Borges de. Nova Reforma do Código de Processo Penal, Comentada Artigo por Artigo**. São Paulo: Editora Método, 2008, pp. 266/267. No mesmo sentido, **André Estefam Araújo Lima**, in “A lei nº 11.719/2008 não criou defesa preliminar”, publicado no site www.damasio.com.br/?page_name=art_023_2008&category_id=506.

Antonio Scarance Fernandes

Professor titular de Direito Processual Penal da USP, procurador de Justiça aposentado e coordenador do ASF - Cursos e Eventos

Mariângela Lopes

Advogada, mestre e doutoranda em Direito Processual Penal pela USP

PARTICIPE POR ACREDITAR

FÓRUM ON-LINE IBCCRIM

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

Dia 03 de setembro de 2008: Stella Maris Martínez (doutora em Direito pela Universidade de Salamanca; professora de Graduação e Pós-Graduação da Universidade de Buenos Aires, Universidade Nacional de Lomas de Zamora, Universidade de Belgrano e Universidade do Museo Social Argentino; coordenadora em Criminologia da Universidade Nacional de Lomas de Zamora; coordenadora-geral da Associação Interamericana de Defensorias Públicas (AIDF); Defensora Oficial da Corte Suprema de Justiça da Nação; colaboradora internacional do IBCCRIM e autora da monografia vencedora do 6º Concurso de Monografias Jurídicas do IBCCRIM), conversando sobre: “Bioética”.

Dia 10 de setembro de 2008: Heloisa Estellita (mestre e doutora em Direito Penal pela USP; advogada Criminal; professora da GV Law, do curso de mestrado do IDP - Brasília e coordenadora adjunta do Departamento Internet do IBCCRIM), conversando sobre: “Direito Penal Econômico”.

Dia 17 de setembro de 2008: Guilherme Gouvêa de Figueiredo (mestre e especialista em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal; professor substituto de Criminologia na Faculdade de Direito Penal da UNESP; advogado criminal e autor da monografia vencedora do 12º Concurso de Monografias Jurídicas do IBCCRIM), conversando sobre: “Tutela de Bens Jurídicos Coletivos”.

Dia 24 de setembro de 2008: Pierpaolo Cruz Bottini (mestre e doutor em Direito Penal pela USP; professor da Universidade de São Paulo; advogado criminal; membro titular do Conselho Nacional de Política Penal e Penitenciária e Coordenador Regional da 7ª Região - DF, GO e TO - do IBCCRIM), conversando sobre: “Crimes de Perigo”.

Dia 01 de outubro de 2008: Cláudio do Prado Amaral (mestre e doutor pela USP em Direito Penal; juiz titular da 1ª Vara das Execuções Criminais de São Paulo e autor da monografia vencedora do 11º Concurso de Monografias Jurídicas do IBCCRIM), conversando sobre: “Execução Penal”.

Dia 08 de outubro de 2008: Olga Espinoza (mestre em Direito Penal pela USP; advogada criminal; consultora em tema de Direitos Humanos Penitenciários para a Fundação Ford e para o Banco Interamericano; pesquisadora universitária na França e no Brasil; colaboradora internacional do IBCCRIM e autora da Monografia nº. 31 “A Mulher Encarcerada em Face do Poder Punitivo” da Coleção de Monografias Jurídicas do IBCCRIM), conversando sobre: “Reinserção social: Dificuldades de retorno à Sociedade”.

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



(FUNDADO EM 14.10.92)

DIRETORIA DA GESTÃO 2007/2008

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE: Alberto Silva Franco

1ª VICE-PRESIDENTE: Sérgio Mazina Martins

2ª VICE-PRESIDENTE: Theodomiro Dias Neto

1º SECRETÁRIO: Carlos Alberto Pires Mendes

2ª SECRETÁRIA: Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

1º TESOUREIRO: Ivan Martins Motta

2ª 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

SOBRE PROCEDIMENTOS E ANTINOMIAS

Geraldo Prado

I – Inicialmente, convém destacar que este ensaio está limitado ao exame preliminar do âmbito de incidência de três preceitos dispositivos específicos, introduzidos pela Lei nº 11.719, de 20 de julho de 2008.

Trata-se de lei que integra a reforma parcial a que foi submetido o Código de Processo Penal e, em específico, esta lei cuida do tema de procedimentos, malgrado discipline ainda outros pontos que concernem à estrutura do processo.

Assim, não há aqui a pretensão de fundar críticas políticas, ideológicas e estritamente jurídicas que cabem a respeito de reformas parciais ou pontuais do Código de Processo Penal e do que isso representa.

O ângulo sob o qual se pretende trabalhar é bem mais modesto e se refere aos termos definitivos dos artigos 396 e 399 do Código de Processo Penal, que cuidam de prever, em distintos momentos da primeira etapa dos procedimentos, a emissão de uma mesma decisão: a de recebimento da denúncia ou queixa!

A situação, por si só preocupante, tem acentuada a sua gravidade ao se notar que o § 4º do artigo 394 do Código de Processo Penal (de acordo com a redação da referida lei) contém ainda que modestamente a previsão da chamada “Reserva de Código de Processo”. Em outras palavras: os procedimentos penais em primeiro grau, isto é, no que concerne ao julgamento originário da causa⁽¹⁾, terão de observar a sequência definida nos artigos 395 a 398 do Código.

Daí que a incompatibilidade entre dois preceitos dispositivos desta lei tende a produzir seus efeitos em relação à quase totalidade dos procedimentos, cumprindo encontrar a solução adequada à situação criada pelo Congresso Nacional.

II – É preciso reconhecer desde logo que o *caput* do artigo 396 estabelece que se o juiz não rejeitar a denúncia ou queixa, em se tratando de procedimento ordinário ou sumário, irá recebê-la e ordenará a citação do acusado para apresentar resposta, por escrito, no prazo de dez dias. O artigo 399, por sua vez, dispõe que recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento.

Não há como negar que os preceitos obrigam à prática de comportamentos contraditórios: tendo em mãos a denúncia ou queixa o juiz, de imediato, define-se por recebê-la, exceto nas hipóteses previstas no artigo 395 do Código. Depois disso — e somente então — o juiz ordenará a citação do acusado; e, com a resposta do acusado,

devidamente citado, o juiz tornará a receber a denúncia ou queixa e designará audiência de instrução e julgamento!

Na linha perspectivada pelo positivismo jurídico — que os tribunais em sua maioria continuam a prestigiar — o que se tem aí, iniludivelmente, são preceitos que ordenam a prática do mesmo ato, com consequências jurídicas sérias (artigo 117, inciso I, do Código Penal), mas sucessivamente.

Não se duvide que a despeito da clara incompatibilidade haja quem busque atribuir às palavras e expressões recebê-la-á e recebida a denúncia ou queixa significados diversos! Norberto Bobbio alertava para isso em seu livro *Teoria do Ordenamento Jurídico*⁽²⁾. Entre eliminar uma ou as duas regras, a tendência recai em “*conservar as duas normas incompatíveis... eliminando a incompatibilidade*” por meio de interpretação *corretiva*, até mesmo com a ratificação da citada decisão.

A opinião defendida neste breve ensaio é outra e por muitas razões!

III – A questão está situada no plano da incompatibilidade: ou a inicial é recebida em seguida ao seu oferecimento ou será recebida após a citação, quando o processo terá completada a sua formação (artigo 363 do Código) e o acusado também terá apresentado resposta (à semelhança do procedimento sumaríssimo das infrações de menor potencial ofensivo, que serviu de inspiração ao projeto original da Comissão presidida por Ada Pellegrini Grinover).

Os critérios ordinários de solução de antinomias aparentes não são suficientes nos casos em que, à semelhança deste, os preceitos são contemporâneos, do mesmo nível e gerais!

IV – Buscar, portanto, a solução inscreve-se como tarefa para a qual a visão do todo (por conta da Reserva de Código) e o reconhecimento da função precípua do processo penal acabam por indicar o método e os critérios.

É assim, pois, porque o Direito Processual Penal deve consolidar o conjunto de garantias por meio das quais a atividade de investigação da responsabilidade penal de alguém é apurada em um Estado de Direito.

Daí a compreensão: a) “de que as garantias são procedimentos funcionalmen-

te dispostos pelo sistema jurídico para assegurar a máxima correção e o mínimo desvio entre as exigências constitucionais e a atuação dos poderes públicos”⁽³⁾; b) o Estado de Direito instaura “nexo funcional entre o poder e os sujeitos”⁽⁴⁾; c) e impõe, no plano da edição das leis, a adoção do “princípio da precisão”, que concretize

as exigências de determinação, clareza e confiança da ordem jurídica⁽⁵⁾.

O que se pretende é prestigiar a configuração normativa que assegure de forma mais

efetiva as garantias constitucionais do processo penal, em especial, o contraditório. Este é o marco de constituição da norma jurídica processual, na medida em que se sabe:

1) Que “*normas não são textos..., mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos*”⁽⁶⁾;

2) Para o quê é fundamental que se delimite o âmbito normativo, dito de outra maneira, o programa normativo “*com atenção aos elementos relacionados ao problema a ser decidido*”⁽⁷⁾;

3) Isso com o reconhecimento de que em uma República democrática a dogmática jurídica ocupa lugar de destaque em virtude das possibilidades de concretização de direitos. Cabe, pois, entender o caráter incindível da interpretação/aplicação do direito⁽⁸⁾ reservado ao sujeito ativo desta operação jurídica.

V – Assim, há de se reconhecer que o âmbito normativo instituído pelo artigo 396 do Código de Processo Penal está incorporado pelo mais extenso programa delimitado no artigo 399. Neste, cuida-se de dar efetividade ao disposto no artigo 363 do mesmo diploma e assegurar a complementação do processo com a efetiva citação do acusado. Com a citação e defesa será possível examinar, para além das causas de rejeição da inicial previstas no artigo 395 do Código, as hipóteses de absolvição cuja admissão decorra da defesa preliminar (artigo 397).

É neste contexto que o restante texto normativo do artigo 396 adquire sentido, pois a defesa preliminar implementa a garantia constitucional do contraditório (como assumido em todas as recentes leis processuais sobre procedimentos especiais!) e permite que a absolvição sumária seja pre-

Os critérios ordinários de solução de antinomias aparentes não são suficientes nos casos em que, à semelhança deste, os preceitos são contemporâneos, do mesmo nível e gerais!

cedida deste indispensável contraditório, de sorte a evitar atos arbitrários que fulminem, indevidamente, o também constitucional direito de ação.

O sacrifício da primeira norma (empregando a terminologia positivista) neste caso será parcial, uma vez que apenas o preceito que determina o imediato recebimento da inicial (recebê-la-á) será eliminado, porque somente ele contrasta com o preceito que remete esta decisão ao instante posterior ao da apresentação da defesa preliminar (artigo 399).

Por isso, oferecida a denúncia ou queixa e se não houver imediata rejeição, por aplicação do disposto no artigo 395 do Código de Processo Penal, o juiz determinará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, em dez dias. Somente depois disso é que o juiz poderá receber a inicial (artigo 399), caso não a rejeite à luz dos novos argumentos ou não absolva o acusado com fundamento em alguma das causas previstas no artigo 397 do mesmo estatuto⁽⁹⁾.

Para esta solução há precedente da doutrina em hipótese de incompatibilidade parcial⁽¹⁰⁾ e, também, no Brasil, da jurisprudência, no caso paradigmático de definição do preceito dispositivo da associação para o tráfico de drogas, em decorrência da edição da Lei dos Crimes Hediondos⁽¹¹⁾.

Sob o ângulo prático esta interpretação/aplicação restitui as coisas aos seus devidos lugares e conforma a atividade da legislação ordinária a critérios constitucionais.

E, não menos importante, permite que a Reserva de Código opere em uma dupla dimensão garantista: reforçando a idéia do Código como “instrumento de acesso e interação com uma determinada realidade”⁽¹²⁾; e fundando a necessária racionalidade a possibilitar que a norma processual prevista no artigo 394, § 4º, do Código de Processo Penal

cumpra a exigência constitucional de validade do sistema⁽¹³⁾.

NOTAS

- (1) E aí é irrelevante que se trate de ação penal exercitada perante o juiz singular, qualquer que seja a infração penal atribuída ao acusado, exceto às de menor potencial ofensivo, ou mesmo ação penal proposta diretamente no Tribunal (a denominada ação penal originária).
- (2) 10ª edição, Brasília, UNB, 2006, pp. 102-3.
- (3) **PEÑA FREIRE, Antonio Manuel.** *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Madrid: Trotta, 1997, p. 28.
- (4) **COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo.** *O Estado de Direito: História, Teoria e Crítica*. Martins Fontes: São Paulo, 2006, p. XIV.
- (5) **CANOTILHO, J.J. Gomes.** *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed., Almedina: Coimbra, p. 258.
- (6) **AVILA, Humberto.** *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 5ª ed., Malheiros: São Paulo, 2006, p. 30.
- (7) **AVILA, Ana Paula Oliveira.** “A face não-vinculante da eficácia vinculante das declarações de constitucionalidade: uma análise da eficácia vinculante e o controle concreto de constitucionalidade no Brasil”, in: *Fundamentos do Estado de Direito – Estudos em Homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. Malheiros: São Paulo, 2005, p. 205.
- (8) **STRECK, Lenio Luiz.** *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 2ª ed., Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006, p. 9.
- (9) Não é nova a resolução definitiva (“de mérito”) de uma causa sem precedência de decisão de recebimento da inicial. Basta ver o disposto no artigo 74 da Lei nº 9.099/95.
- (10) **BOBBIO**, obra citada, p. 89.
- (11) *HC* nº 68.793/RJ, Primeira Turma, relator designado min. **Moreira Alves**, julgado em 10 de março de 1992 – *RTJ* 166/493.
- (12) **CHOUKR, Fauzi Hassan.** *Processo Penal de Emergência*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2002, p. 26.
- (13) **PASTOR, Daniel R.** *Recodificación Penal y Principio de Reserva de Código*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005, p. 11.

Geraldo Prado

Professor adjunto de Processo Penal da UFRJ/Unesa (mestrado e doutorado) e desembargador da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

PARTICIPE POR ACREDITAR

NO AR: TV IBCCRIM COM NOVA SÉRIE: “SALA DOS PROFESSORES”

A série **Sala dos Professores**, programa produzido pela TV IBCCRIM desde julho de 2008, traduz-se num espaço de entrevistas exclusivas, sempre voltadas a polêmicos temas das Ciências Criminais, com importantes e renomados pensadores das ciências humanas.

Confira, no *site*, as entrevistas gravadas com os professores José Joaquim Gomes Canotilho, Jónatas Eduardo Mendes Machado e João Carlos Simões Gonçalves Loureiro!

COMISSÃO DE DEFESA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Em julho de 2008, o **IBCCRIM** criou a **Comissão de Defesa dos Direitos e Garantias Fundamentais** que tem por objetivo levar à população um contraponto àquilo que os grandes meios de comunicação propagam “aos quatro ventos” sobre as nuances do Processo Penal, as instituições que o aplicam e suas personagens. Para participar desta Comissão, entre em contato com o IBCCRIM por *e-mail* (direitofundamental@ibccrim.org.br). Conheça o projeto de criação dessa comissão, na íntegra, no *site* do IBCCRIM (www.ibccrim.org.br).



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: 13.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA IBCCRIM

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

ATENDIMENTO DIGITAL

Sêções:

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	

POR QUE O JUIZ NÃO DEVE PRODUZIR PROVAS - A NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 156 DO CPP (LEI Nº 11.690/2008)

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho e Solon Bittencourt Depaoli

1. Introdução

A recente Lei nº 11.690/2008, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal, manteve, na estrutura processual penal brasileira, a possibilidade de o juiz indicar, de ofício, outras provas, não levadas aos autos pelas partes, no atual *caput* do artigo 156.

E, mais, na nova redação do artigo 156, I, do mesmo Código, permitiu ao juiz ordenar a produção de provas antes mesmo de iniciada a ação penal.

De certa forma, a inovação referida colide com a nova redação ao artigo 212, que introduziu, no sistema brasileiro, o sistema adversarial⁽¹⁾, que possibilita que as perguntas dirigidas às testemunhas sejam feitas diretamente pelas partes, podendo, contudo, o juiz, indeferir as inadequadas.

O que se pretende examinar, ainda que muito brevemente, é a matriz ideológica que foi mantida e ampliada com a inovação contida na redação do artigo 156 do Código de Processo Penal e se ela é adequada à diretriz constitucional.

2. As alterações do CPP e a manutenção da estrutura inquisitorial

A recente alteração pontual do Código de Processo Penal, no que tange à colheita da prova testemunhal (artigo 212), trouxe uma aproximação maior com o modelo acusatório *“adversarial system”*, o qual estabelece a nítida divisão dos papéis a serem desempenhados pelas partes, exigindo um julgador distante da persecução penal e dos atos probatórios de ofício.

Apresenta-se de grande relevância a referida alteração procedimental para o resgate de uma estrutura dialética do processo, permitindo-se uma intervenção direta das partes na produção de provas, respeito do debate ético e a construção da “verdade” sujeita à verificação e refutação, conforme doutrina de Ferrajoli⁽²⁾.

Restou consagrada a imediação, mais consentânea com as formas não substancialistas de apuração dos fatos, potencializando-se uma estrutura cognitiva e garantista de processo.

Em contrapartida, a nova redação do artigo 156 do Código configurou, respeitadas as posições contrárias, por óbvio, amplo retrocesso e vinculação a uma formação autoritária, discricionária e substancialista de processo.

A iniciativa probatória do magistrado é herança do modelo inquisitivo, em que incumbia, basicamente, ao juiz, produzir e colher a prova diretamente, em um pro-

cesso em que não havia a tripartição dos sujeitos processuais (juiz, acusador e defensor). Tal herança perpassou séculos e ainda remanesce em muitos países europeus, em maior ou menor medida, bem como no Brasil, como se vê na nova redação do dispositivo ora comentado.

Reforça-se, assim, a proeminência da atuação do magistrado na instrução da causa, enfraquecendo-se a estrutura de um processo de partes e de igualdade de armas, consagrado pela Constituição ao configurar o processo penal de modelo acusatório. Investe-se, com mais força ainda, na postura decisionista⁽³⁾ na condução dos atos processuais.

Adotando-se como parâmetro o modelo garantista de investigação criminal, concluímos que tal dispositivo desvincula-se de um caráter cognitivo de apuração dos fatos, degradando-se uma verdade processual de natureza empírica, pública e controlada, para o convencimento intimamente subjetivo e “irrefutável do julgador”⁽⁴⁾, em nome de uma arbitrária e equivocada visão de “verdade real” a ser alcançada.

Resulta consagrada, com a novel disposição, conforme Garapon⁽⁵⁾, a deformação do processo, o qual tem, nesse delineamento, o “apetite de saber tudo”, característica do modelo inquisitório latino, em contraposição ao paradigma anglo-saxão, o qual delimita o objeto do conhecimento às “provas admitidas”.

Ao produzir provas de ofício, estimula-se, no magistrado, o pré-julgamento, bem como o seu comprometimento com uma hipótese que terá que submeter a teste. Mas esse papel não lhe cabe, pois sua postura deve ser imparcial, equidistante do interesse das partes. O prejuízo, dessa forma, à atuação imparcial do juiz e às garantias processuais das partes envolvidas consolidam-se de forma óbvia.

O juiz não pode, não deve, nem precisa produzir provas porque a Constituição ordena outra postura diametralmente diferente: para ele, o réu é inocente até prova em contrário (Constituição, artigo 5º, LVII). Na falta de provas, impõe-se a absolvição! E, mais, há outros órgãos incumbidos constitucionalmente de desconstituir a presunção de inocência: o Ministério Público e a Polícia. Por que haveríamos de ter uma terceira instituição — na verdade um dos poderes do Estado — com o mesmo propósito de produzir provas?

A resposta é uma só: permanecemos no modelo inquisitivo. Na eventual ausência de diligência ou de competência do Minis-

tério Público e da Polícia na tarefa de desconstituir a presunção de inocência do réu, apostemos as últimas fichas na atuação de ofício dos juízes!

A gestão da prova pelo julgador, de ofício, conforme a nova redação do artigo 156 e incisos I e II, do CPP, torna ilegítimo o processo penal, fere o contraditório, a Constituição da República e consolida o risco (concreto) de opções arbitrárias, além de permitir a fusão, em um círculo concêntrico, da ação e jurisdição, elementos estanques e distintos.

Fazzalari desenvolve a idéia de “procedimento em contraditório”, com a distinção entre processo e procedimento, resultando o segundo no espaço consagrado a uma estrutura dialética e destinada *“a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades”*⁽⁶⁾. A conformação estrutural dessa idéia resulta nas hipóteses de participação efetiva das partes, em caráter de equilíbrio, exercitando *“simétrica paridade das suas posições, na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento”*⁽⁷⁾.

A consagração dessa postura dispositiva plena ao julgador consolida inconstitucionalidade diante do modelo acusatório delineado pela Constituição.

3. Há algo muito caro a perder. Por que o juiz deve ser afastado da iniciativa probatória?

Não há dúvida que a figura do herói constrói em todos um imaginário de bem supremo que cumpre ser perseguido. Desde a infância, somos estimulados a seguir o herói, em contraposição ao vilão, que encarna o supremo mal.

Freud foi buscar na tragédia grega a origem do significado do herói. O herói deve sofrer; tem de conduzir o fardo daquilo conhecido como culpa trágica, originada da rebelião contra alguma autoridade divina ou humana. O coro acompanha o herói com sentimentos de comiseração, procura retê-lo, adverti-lo e moderá-lo, pranteando-o quando encontra o que se sentia ser a punição merecida por seu ousado empreendimento⁽⁸⁻⁹⁾.

Em outro trabalho⁽¹⁰⁾, Freud volta ao tema do drama e do herói. Afirma que o motivo do drama é extravasar sentimentos nos espectadores, como a comiseração e o terror, do mesmo modo que a comédia libera o prazer e o gozo. O espectador, ao liberar os sentimentos que estavam recôn-

ditos, experimenta uma sensação de prazer, como o da criança ao brincar. A liberação de tais sentimentos o leva a querer agir, sentir, como o herói do drama, identificando-se com ele, mas com a grande vantagem de não ter que se expor aos mesmos riscos que o personagem do herói enfrenta.

Tal qual o espectador, o juiz herói também anseia por ação e justiça e está tão bem intencionado como o herói do drama. Sua luta não é contra a autoridade ou uma divindade; é contra o crime que assola a sociedade e que ele quer, sinceramente, combater. Ele sofre pela sociedade e com a sociedade. Quer estancar ou minimizar o sofrimento dela e quando consegue agir, o faz e pune exemplarmente.

O juiz herói acredita piamente que sua função é proteger a sociedade, esquecendo-se que essa função não é sua. As constituições geralmente cometem essa função de segurança pública, precipuamente, a outros órgãos, como a brasileira, que o faz no artigo 144, cometendo-a às Polícias, e no artigo 129, ao Ministério Público, secundariamente, na sua atividade requerente de sanções penais.

Pensando assim, o juiz herói superintende as investigações policiais e assessora o Ministério Público na sua atuação processual, seja antecipando sua convicção, seja orientando os requerimentos que serão deferidos, bem como suprimindo-lhe eventuais omissões, como no caso de emenda ou mudança do libelo⁽¹¹⁾, para o fim de aplicar pena mais gravosa. Como o juiz onipotente, o herói também se antecipa ao poder dispositivo das partes no campo probatório e produz provas de ofício. Decreta medidas restritivas não previstas em lei, tudo para salvaguardar a sociedade.

No afã de proteger a sociedade, dá-se conta que todo herói precisa de um vilão e o elege na figura do réu, já acusado de um pecado e candidato natural a tornar-se o vilão do drama.

Não compreende que entre a jurisdição cível e a penal existe uma enorme distância, ocupada pela ideologia que preside este último e que conforma a estrutura e o funcionamento do Direito Penal e Processual Penal. O heroísmo do juiz tenderá a ocupar esse espaço com autoritarismo porque já formou previamente o seu convencimento e já escolheu o vilão do drama que enenará. Enquanto na jurisdição cível não se apresenta o peso da estrutura estatal em uma das pontas da relação processual, na jurisdição penal, no pólo ativo da demanda, está a superestrutura do Estado, com seu sistema investigativo, persecutório e executivo, no qual é muito fácil ingressar, mas muito difícil sair.

A sua ingenuidade assemelha-se à do herói, ao qual se referiu Garapon: “O herói

trágico é o brinquedo do destino.”⁽¹²⁾ É um brinquedo da deformação social com todas as suas injustiças e imperfeições.

O modelo de gestão da prova, de ofício, pelo juiz, assumido e ampliado pela nova redação do artigo 156 do Código, favorece postura que tais, de pretensão heroísmo na busca da verdade, representada como o bem, em contraponto ao mal. Mas ao lançar o juiz nas tramas de buscar provas, obrigatoriamente o juiz contracenava com os demais atores do processo, troca posições, identifica-se com eles, ficando, mesmo, ao lado de um deles e diante do outro. Com isso, afasta-se da posição imparcial e equidistante: deixa de ser juiz para ser parte que tem o poder de dizer a verdade que tanto buscou e que finalmente encontrou, para o bem da sociedade.

Um juiz que detenha a gestão da prova não presume que o réu seja inocente, como determina a Constituição e, assim, não há como restar afastada a conclusão a respeito da inconstitucionalidade das posturas probatórias de ofício na forma como resultou a nova redação do artigo 156 do CPP, mais consentânea com uma formatação inquisitória e antidemocrática de processo.

Prado⁽¹³⁾ esclarece que autorizar diligências de ofício, prisões cautelares, perícias, retira o caráter equidistante do julgador, surgindo opção valorativa prévia que prejudicará, com a máxima certeza, a legitimidade da decisão.

Obcecado pela “missão redentora” para salvação dos “maus elementos”⁽¹⁴⁾ o julgador assumirá, com base na hipertrofia de seus poderes e retroalimentado pelas doutrinas autoritárias da “defesa social”, a postura inquisitorial em detrimento das garantias constitucionalmente asseguradas aos sujeitos processuais⁽¹⁵⁾.

Gomes Filho pondera que a concessão de amplos poderes ao julgador, na seleção, exercício e ingresso do material probatório ao caderno processual, juntando-se ao feito “apenas o material probatório adequado à justificação de uma tese previamente escolhida”⁽¹⁶⁾, prejudica a transparência e a clausula do devido processo legal⁽¹⁷⁾.

4. Conclusão

Em conclusão, atribuir ao juiz a gestão da prova, tal como autoriza o artigo 156 do CPP e, mais ainda, o seu § 1º, é inconstitucional, por violar o princípio da presunção constitucional de inocência e o sistema acusatório, cujos princípios reitores se extraem da própria Constituição.

NOTAS

- (1) Anotamos a ressalva do *adversarial system*, modelo onde predomina a iniciativa das partes na condução do processo e na produção das provas, ao passo que na forma *inquisitorial system*, após a propositura da demanda o processo desenvolve-se pelo impulso

oficial (GRINOVER, Ada Pellegrini. “A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório”. In: *A Marcha do Processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 77).

- (2) FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 37.
- (3) Segundo Ferrajoli o decisionismo consiste na “falta de fundamentos empíricos precisos e da consequente subjetividade dos pressupostos da sanção nas aproximações substancialistas e nas técnicas conexas de prevenção e de defesa social” (FERRAJOLI, Luigi. *Idem*, p. 36).
- (4) *Idem*, *ibidem*, *id*.
- (5) GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: O Guardião das Promessas*. Tradução de Maria Luiz de Carvalho. 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 86.
- (6) FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução da 8ª edição por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 119.
- (7) *Idem*, *ibidem*, *id*.
- (8) *Totem e Tabu e Outros Trabalhos (1913-1914)*, p. 157, Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, volume XIII, Rio de Janeiro: Imago Editora.
- (9) Freud interpreta a origem e o desenvolvimento da tragédia grega da seguinte forma: “Na realidade remota, os membros do coro é que tinham causado o sofrimento do herói. O crime que fora jogado sobre os seus ombros — presunção e rebeldia contra a autoridade — era o crime pelo qual os membros do coro (o conjunto de irmãos) era responsável. O herói era o redentor do coro”, sustentando que a tragédia era uma distorção tendenciosa da realidade, na medida em que o herói vinha ser o pai primevo, assassinado pelo conjunto de irmãos, aos quais o herói redimia (*ibidem*, p. 158).
- (10) *Personagens Psicopáticos no Palco (1901-1905)*, p. 292, Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, volume VII, Rio de Janeiro: Imago Editora.
- (11) Artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal.
- (12) *Bem Julgar – Ensaio sobre o Ritual Judiciário*, p. 192, Lisboa: Instituto Piaget.
- (13) PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 131.
- (14) A expressão é de Sandra Neri Cogo, em artigo intitulado “O mito da verdade material em tempos pós-modernos (uma abordagem a partir da ética weberiana). In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 251.
- (15) Em estudo a respeito da estrutura patológica dessa postura do julgador remetemos o leitor aos seguintes artigos: ROSA, Alexandre Moraes da. “O juiz e o complexo de Nicolas Marshall”, disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 23.07.2003; e CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. “Quem é o juiz que aplica a pena?”, in: BAEZ, Narciso Leandro Xavier e BARRETO, Vicente de Paulo (orgs.). *Direitos Humanos em Evolução*. Joaçaba: Ed. UNOESC, 2007, p. 302.
- (16) GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A Motivação das Decisões Penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 37.
- (17) GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 56.

**Luis Gustavo Grandinetti
Castanho de Carvalho**

Doutor pela UERJ, mestre pela PRC-RJ, coordenador acadêmico do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade Estácio de Sá e juiz de Direito no Rio de Janeiro

Solon Bittencourt Depaoli

Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá e juiz de Direito em Santa Catarina

EXPOSIÇÃO DO PRESO À MÍDIA

Ana Lúcia Menezes Vieira

No centenário da morte de **Machado de Assis** cabe aqui trazer à lembrança uma expressão por ele utilizada em *O Alienista*: “caso de matraca”. Era a “matraca” um dos modos utilizados para divulgar as notícias nas antigas colônias que não possuíam imprensa. “*Contratava-se um homem, por um ou mais dias, para andar as ruas do povoado, com uma matraca na mão. De quando em quando tocava a matraca, reunia-se gente, e ele anunciava o que lhe incumbiam, - um remédio para sezões, umas terras lavradas, um soneto, um donativo eclesiástico, a melhor tesoura da vila, o mais belo discurso do ano etc. O sistema tinha inconvenientes para a paz pública; mas era conservado pela grande energia de divulgação que possuía.*”

A antiga imprensa, dos folhetins, alardeava os “discursos de cadafalso” — denominação dada às manifestações públicas dos executados que, para atestar a justiça da pena eram obrigados a se declararem culpados por determinados crimes. Para o espetáculo de horror o povo se reunia em torno do cadafalso e assistia à punição do súdito criminoso. Os jornais noticiavam os nomes dos condenados à pena de privação da liberdade e as pessoas se posicionavam nas ruas para verem passar os réus, acorrentados uns aos outros, expostos à curiosidade pública, em uma cena cruel de humilhação.

A imagem do jovem que agitava o jornal nas mãos, bradando a notícia para atrair o comprador, ainda vive na memória dos amantes dos antigos filmes e novelas de época.

Recentemente, a notícia de um crime contra uma criança, que teria sido praticado por seu pai e sua madrasta, abalou o País. Os jornalistas, os fotógrafos, as televisões, as rádios, colocaram-se defronte ao distrito policial de São Paulo — sobre muros, sobre telhados de casas, sobre escadas, dentro de tendas montadas para proteger os equipamentos de filmagem, todos procurando encontrar o “melhor ângulo” para verem passar os autores do bárbaro crime, os quais iriam ser interrogados pela polícia. Tudo era transmitido “ao vivo”, em cadeia nacional de televisão. Todo o Brasil posicionou-se em “torno do cadafalso” do século XXI. Era “caso de matraca”, é caso de mídia televisiva! A diferença é apenas tecnológica.

A notícia do crime ainda fascina. A mídia é livre e tem o direito de informar. A sociedade tem o direito de ser informada. No centro da notícia, o possível autor do crime que tem o direito de ter preservada a sua imagem.

O suspeito de ter praticado um delito é exposto à curiosidade pública a qual, esti-

mulada pelos meios de comunicação, no clamor dos acontecimentos, acaba por condená-lo. A exposição do possível autor de um crime inicia-se com a divulgação da notícia do mandado de prisão e do acompanhamento, pela mídia, da execução da ordem judicial. O preso é algemado, não obstante a ausência de risco que ele possa impor à sociedade, ou ainda que não haja qualquer possibilidade de resistência ou fuga. Exposto às câmeras das TV's, sofre uma absoluta e desnecessária diminuição social, moral, além de ter aniquilada a sua imagem. Apenas suspeito ou acusado, antecipa-se uma culpabilidade ainda não decidida judicialmente. A presunção de inocência, princípio constitucional de justiça e direito do réu, foi violada. Possível arquivamento das investigações será insuficiente para garantir-lhe a inocência. No caso “Escola Base”, os suspeitos dos crimes praticados contra crianças até hoje cumprem a pena aplicada pelos policiais que os expuseram à mídia e pela divulgação abusiva dos fatos e imagens através dos meios de comunicação: a pena de exclusão social. A mesma pena parece que está sendo aplicada a pessoa responsável por escola infantil onde, há pouco tempo, uma criança faleceu. Movida, talvez, pela lembrança do destino dos proprietários da “Escola Base”, a investigada clamou à mídia e ao público: “*Esperem que terminem as investigações!*” Sim, pois com o passar do tempo, a audiência dos fatos esmorece e não se divulga a conclusão das investigações, ou da sentença, restando aos olhos de todos o impacto inicial do início do procedimento.

Não menos difícil é a situação daquele que responde a processo penal. Para um justo processo, a publicidade é imprescindível como garantia de segurança jurídica e liberdade do acusado para assegurar a legalidade e a imparcialidade do juiz e comprovar ao povo a correta aplicação da lei. Daí poderemos afirmar que em tempos de ampla comunicação tecnológica, a publicidade externa do procedimento penal é tão mais assegurada quanto se possibilita o relato midiático. Mas, em casos de grande repercussão social, sobretudo nos crimes contra a vida que são julgados num ritual simbólico

que é o júri popular, além da ampla publicidade é preciso assegurar a imparcialidade dos jurados, o regular desenvolvimento do julgamento e a imagem do acusado.

A problemática que envolve o tema da exposição do preso à mídia, não termina com a sentença condenatória. Na execução da pena o preso tem o direito de ser protegido contra qualquer forma de sensacionalismo ou inconveniente notoriedade (art. 41, VIII da Lei 7.210/84). A pessoa presa tem o

“direito ao esquecimento” de seu passado criminoso para ressocializar-se, devendo ser poupada pela mídia, nas palavras de **Manuel da Costa Andrade**, de “um pelourinho público permanente reatualizado”. Foi o desabafo de “Gaguinho”, um dos suspeitos no “Caso Bar Bodega”, à revista **JÁ**: “*O que você espera da vida? Gaguinho: Sair daqui, arrumar um trabalho e esquecer o passado (...) não sou o maldoso, nem o monstro e a pessoa feroz que a imprensa tá falando (...) não sou nada disso, não (...).*”

São muitos valores constitucionais em jogo: os direitos fundamentais do preso exposto à mídia, a correta aplicação da Justiça no processo penal e a liberdade de imprensa. Encontrar um equilíbrio entre eles é desafio que está lançado. É “tema de matraca” para cujo debate todos estão convocados.

São muitos valores constitucionais em jogo: os direitos fundamentais do preso exposto à mídia, a correta aplicação da Justiça no processo penal e a liberdade de imprensa. Encontrar um equilíbrio entre eles é desafio que está lançado. É “tema de matraca” para cujo debate todos estão convocados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Manuel da Costa.** *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal: Uma Perspectiva Jurídico-Criminal*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1996.
- CONY, Calos Heitor.** “Caso de matraca”. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 29 de jul.2008, p. A2.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães.** “Sobre o uso de algemas no julgamento pelo júri”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, 1992, número especial de lançamento, pp. 110-115.
- ILLUMINATI, Giulio.** *La Presunzione d'Innocenza dell'Imputato*. Bologna: Zanichelli, 1979.
- RIDOLFI, Cláudia.** *Persona e Mass Media: La Tutela della Persona nelle Trasmissioni Televisive tra Autonomia Contrattuale e Diritti Fondamentali*. Padova: Cedam, 1995.
- VIEIRA, Ana Lúcia Menezes.** *Processo Penal e Mídia*. São Paulo: RT, 2003.
- Revista “JÁ”, 17.11.1996, p. 16.*

Ana Lúcia Menezes Vieira

Mestre em Direito Processual Penal, professora universitária e promotora de Justiça das Execuções Criminais em São Paulo

TERMOS DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO (TCC) E SEUS REFLEXOS NO CRIME DE CARTEL

Eduardo Reale Ferrari

Vivenciamos um momento de planejamento do redesenho institucional do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que visa tornar efetiva a solução de seus problemas endógenos de correntes não só de um inadequado desenho institucional, aliado à carência de recursos disponíveis, bem como dos problemas exógenos relacionados a questões de ordem legal, advindas de impropriedades pontuais, importação de conceitos sem adequá-los ao ordenamento jurídico, e generalização de termos, que levam a uma insegurança jurídica, em especial na seara penal econômica.

Se, de um lado, patente é a dificuldade estrutural corajosamente enfrentada pelo SBDC — derivada da existência de três órgãos distintos, que se traduz numa fragmentação da instrução processual, levando a prazos excessivos de tramitação dos casos e aumento dos custos para com o administrado —, por outro, a independência entre as instâncias penais e administrativas tem conduzido, no âmbito do crime de cartel, a uma imensa insegurança jurídica para os operadores do Direito, e em especial os interessados pela mediação do conflito.

No bojo desta tentativa de se reformular o sistema, foram estabelecidos critérios que deverão ser analisados para mediação entre os órgãos administrativos e as empresas por meio da celebração de TCCs⁽¹⁾, quer quando haja acordos de leniência, quer quando não existam, havendo política da SDE⁽²⁾ no sentido de que:

(i) as propostas de TCC de pessoas jurídicas e pessoas físicas em casos de investigações de cartéis, donde presente o Acordo de Leniência, deveriam conter, ao menos:

(a) confissão de participação na prática, ao menos nos mesmos termos daqueles do beneficiário do Acordo de Leniência; (b) reconhecimento da legalidade da diligência de busca e apreensão (se aplicável); (c) obrigação de cooperação ativa na investigação (e não meramente técnica); (d) contribuição pecuniária em valor que garanta efeito dissuasório; e (e) não criação de obstáculos à persecução criminal e ações privadas de indenização.

(ii) as propostas de TCC de pessoas jurídicas em casos de investigações de cartéis clássicos com prova direta, donde ausente o Acordo de Leniência, deveriam conter, ao menos:

(a) reconhecimento de participação na prática; (b) reconhecimento da legalida-

de da diligência de busca e apreensão (se aplicável); (c) obrigação de cooperação ativa na investigação (e não meramente técnica); (d) contribuição pecuniária em valor que garanta efeito dissuasório; e (e) não criação de obstáculos à persecução criminal e ações privadas de indenização.

(iii) as propostas de TCC de pessoas físicas em casos de investigações de cartéis clássicos com prova direta, donde ausente o Acordo de Leniência, deveriam conter, ao menos:

(a) reconhecimento da legalidade da diligência de busca e apreensão (se aplicável); (b) obrigação de cooperação na investigação; (c) contribuição pecuniária em valor que garanta efeito dissuasório; e (d) não criação de obstáculos à persecução criminal e ações privadas de indenização.

(iv) as propostas de TCC de pessoas jurídicas e pessoas físicas em casos de investigações de “cartéis difusos”, donde ausente o Acordo de Leniência deveriam conter, ao menos:

(a) reconhecimento da legalidade da diligência de busca e apreensão (se aplicável); (b) contribuição pecuniária em valor que garanta efeito dissuasório; e (c) não criação de obstáculos à persecução criminal e ações privadas de indenização.

Ao analisarmos as propostas da Política da SDE, percebemos, inicialmente, um tratamento diferenciado entre as condutas de alto potencial danoso (cartéis clássicos) em relação ao que se denomina “cartel difuso”. Cartéis “clássicos” seriam os acordos secretos entre competidores, com alguma forma de institucionalidade, objetivando fixação de preços e condições de venda, divisão de consumidores e definição de nível de produção, atuando por meio da construção de mecanismos permanentes para alcançar seus objetivos. Já a expressão “cartel difuso”, por seu turno, seria a coordenação da ação entre empresas com objetivo similar ao do cartel clássico, mas de caráter eventual e não institucionalizado⁽³⁾. No cartel clássico a regra da razão passaria a ser mitigada, passando a conduta cartelizadora a ser

analisada independentemente de ponderações a respeito de seus efeitos ou de eventuais benefícios econômicos, enquanto nas infrações denominadas de “cartel difuso” haveria a necessidade da análise da regra da razão, mediante a ponderação de custos e benefícios envolvidos.

A primeira crítica a ser objeto de reflexão refere-se à distinção entre “cartel clássico” e “cartel difuso” para efeitos penais.

A expressão “cartel difuso” apresenta *prima facie* uma contradição interna, vez que é próprio da definição do cartel o elemento estabilidade, não sendo compatível com a expressão eventualidade, sob o prisma criminal, figurando como elemento constitutivo do tipo penal a estabilidade ou a permanência não sendo compatível eventualidade com o próprio conceito do crime de cartel.

A expressão “cartel difuso” para efeitos penais. A nosso ver, a expressão “cartel difuso” apresenta *prima facie* uma contradição interna, vez que é próprio da definição do cartel o elemento estabilidade, não sendo compatível com a expressão eventualidade, sob o prisma criminal, figurando

como elemento constitutivo do tipo penal a estabilidade ou a permanência — o que não significa perenidade — não sendo compatível eventualidade com o próprio conceito do crime de cartel, a tornar questionável a expressão “cartel difuso”.

Cabe destacar, desde logo, que a Lei nº 11.482⁽⁴⁾ de 31 de maio de 2007 não distinguia a possibilidade do TCC quer quando presente, quer quando ausente, a leniência. Apesar da clareza do texto da Lei nº 11.482/07, em 4 de setembro de 2007, o Cade editou, por meio da Resolução nº 46, dispositivo vedando o TCC aos casos em que houver leniência, salvo se admitida a culpa, sendo um contrário sensu à hierarquia das normas o fato de que Resolução contrarie a própria Lei nº 11.482/07.

Segundo a política da SDE⁽⁵⁾, nos cartéis clássicos seriam imprescindíveis como condições para o TCC a confissão de participação na prática antitruste e o reconhecimento da legalidade da busca e apreensão, a legitimar a indagação: por que exigir a confissão em um termo bilateral de mediação? Por que condicionar o TCC à legitimidade da busca e apreensão por parte da empresa e/ou empresário? Se a busca e apreensão dependem de autorização judicial, por que a necessidade da legitimidade da empresa e/ou empresário? Já não seria lícita em face da autorização judicial? Será que tal sugestão tem a intenção em evitar o questionamento

jurisdicional e conseqüentemente ignorar o artigo 5º, inciso XXXV da CF, que confere a qualquer pessoa o acesso ao Poder Judiciário no caso de lesão ou ameaça de lesão a direito?

Além de tais questionamentos, inconstitucional, a nosso ver, a condição do item “e” ao permitir o TCC apenas se houver o compromisso de não se criarem obstáculos à persecução criminal, a justificar a indagação: qual o sentido de tal condição? Abrir mão do direito constitucional de defesa no âmbito criminal, com conseqüente negação do devido processo legal de cunho constitucional!!!

A proposta “ii” está revestida com os mesmos vícios explicitados acima, cabendo indagar: qual a diferença sob o prisma criminal entre os termos “confissão” e “reconhecimento de participação na prática”? Note-se, aliás, que no item “iii” a exigência de reconhecimento de culpa não é “conditio sine qua non” quando se tratar de pessoas físicas, permanecendo válidas as nossas críticas relacionadas à legitimidade da licitude da busca e apreensão e à vedação a criação de obstáculos à persecução criminal.

Se observarmos atentamente a proposta “iv”, verificaremos um tratamento diferenciado para os casos de “cartéis difusos”, donde apesar de questionável a necessidade de se validar a busca e apreensão e da criação de obstáculos à persecução criminal, não há a exigência da confissão e nem do reconhecimento da participação na prática.

A nosso ver, imprópria é a exigência por meio do termo “confissão” ou “participação na prática do fato” como requisito para qualquer condição para a assinatura do TCC, colocando em xeque a própria eficácia do relevantíssimo instituto do TCC, vez que ao condicionar a sua aceitação ao reconhecimento da existência e participação dos fatos considerados como prática de cartel, em face da absurda independência criminal e administrativa, difícil se torna a resolução dos conflitos, por meio da mediação, não se podendo abrir mão de tão importante instituto, sob pena de indefinido procedimento administrativo, assim como de inúmeros e morosos questionamentos jurisdicionais, devendo se fomentar a resolução do conflito de forma bilateral, com base na lei e preferencialmente fora do âmbito jurisdicional, já tão atolado de processos administrativos.

A introdução do conceito do termo “confissão”, aliás, ao que parece, foi uma clara importação da ICN⁽⁶⁾, a qual considera o reconhecimento de culpa como requisito chave para a celebração de TCCs, já que segundo a ICN, o reconhecimento

(de culpa ou de participação), na prática, forçaria outros participantes do cartel a considerar fazer o mesmo, além de dar notícia ao público e às vítimas do cartel a respeito da conduta ilícita na qual o investigado reconheceria sua participação.

A nosso ver, o Direito Penal não pode ter os mesmos fins desejados pelo ICN supracitados. Se, de um lado, faz todo o sentido a preocupação dos órgãos antitruste brasileiros em equiparar a figura do leniente à figura da empresa e/ou do empresário que ultimam o TCC, com o intuito de não desestimular os lenientes ao Programa de Leniência, de outro, possível substituir a expressão “confissão” por “colaboração”, quer por parte do leniente, quer por parte da empresa e/ou empresário, sendo um passo importante para uma maior aproximação entre as esferas penal e administrativa, no âmbito da temática antitruste, e destacando que quanto ao obstáculo do revanchismo contra o leniente já há previsão no TCC acerca da impossibilidade de se propor ações de indenização contra o mesmo. Nesse ponto, importante reiterar que além do termo “confissão” não estar previsto na Lei nº 11.482/07, diversas outras normas tais, como a Lei nº 9.034/95 (Crime organizado) e a nº 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro), consagraram o termo “colaboração” como condição para o instituto da delação que, inobstante distinto da leniência, detém vasos comunicantes, sendo inquestionável que os termos “confissão” ou mesmo “reconhecimento na participação na prática do fato”, em face da ausência normativa de dependência entre as searas administrativa e penal, conduz a instrumentalizar a confissão em desfavor do próprio confesso na seara criminal, tornando-se um claro desincentivo à mediação.

Essa, aliás, é a posição de **Sheridan Scott**⁽⁷⁾, ao explicar que, em seu país, os membros de cartéis que são os primeiros a relatar um delito do qual não se tem conhecimento, ou em casos que apesar de se ter conhecimento pode-se fornecer provas adicionais, se “colaborarem” efetivamente e cessarem a prática, recebem, entre outras coisas, imunidade criminal para este delito.

No Brasil, ao que se sabe publicamente, nenhum TCC foi ainda firmado em caso originário de leniência e quando ainda pendente um procedimento investiga-

tivo criminal, a justificar uma melhor reflexão acerca do condicionamento da exigência do “reconhecimento de culpa” por parte da empresa e/ou empresário, devendo-se, de um lado, ponderar-se pela necessidade à tutela do Programa de Leniência e do leniente, sem esquecer-se, entretanto, de que o instrumental da mediação do TCC pode ser uma das melhores vias de resolução do conflito em um efetivo Direito Administrativo Sancionador, não havendo dúvida de que a ausência de norma

de dependência entre os órgãos administrativos e criminais permeia o acordo no instante da decisão por assinar ou não um TCC na área administrativa.

Todas essas dificuldades — naturais em face do recente instituto — são um claro resultado da ausência de relação interna e externa entre as instituições de Direito Administrativo (internamente), e do Direito Penal (externamente) que, ao invés de reduzirem as incertezas, diminuindo os custos de transação e tornando mais eficiente o sistema, fazem justamente o contrário, deixando os agentes privados como o personagem Josef K. de **Franz Kafka**, tendo a esperança, em face da seriedade dos membros que compõem os órgãos do SBDC, que possível seguir o primado maior da busca do direito que, segundo os ensinamentos do professor **Miguel Reale**, se caracteriza pelo “diálogo” e especialmente pelo “bom senso”.

NOTAS

- (1) Termo de Compromisso de Cessação.
- (2) Política da SDE – Termo de Compromisso de Cessação de Prática em Cartel, de fevereiro de 2008. Acessível em www.mj.gov.br.
- (3) Conceitos estabelecidos no Processo Administrativo n. 08012.002127/2002-14, Cartel das Britas, trecho do voto do conselheiro-relator **Luiz Carlos Delorme Prado**.
- (4) Alterou a redação do artigo 53 da Lei 8.884/94.
- (5) Política da SDE – Termo de Compromisso de Cessação de Prática em Cartel, de fevereiro de 2008. Acessível em www.mj.gov.br.
- (6) *International Competition Network*.
- (7) Presidente do setor de concorrência *Competition Bureau* Canadá e da ICN, em palestra para a Fiesp, ocorrida em 12 de maio de 2008. A palestra pode ser acessada no http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/News/Sheridan_Scott_Portuguese_speech.pdf

Eduardo Reale Ferrari

Advogado criminalista, sócio do Escritório Reale e Moreira Porto Advogados Associados, professor doutor da Faculdade de Direito da USP e professor doutor da Faculdade de Direito da PUC/SP

O BRASIL NO BANCO DOS RÉUS: DEZ ANOS DO RECONHECIMENTO DA JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

André de Carvalho Ramos

O BRASIL NO BANCO DOS RÉUS: DEZ ANOS DO RECONHECIMENTO DA JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA...

A Convenção Americana de Direitos Humanos foi assinada em San José, Costa Rica, em 1969, no seio de Conferência Especializada de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), mas entrou em vigor apenas em 1978. Este tratado, conhecido também como Pacto de San José, é hoje o principal diploma de proteção dos direitos humanos nas Américas por vários motivos: 1) pela abrangência geográfica, uma vez que conta com 24 Estados signatários; 2) pelo catálogo de direitos civis e políticos e 3) pela estruturação de um sistema de supervisão e controle das obrigações assumidas pelos Estados, que conta inclusive com uma *Corte de Direitos Humanos*.

O Brasil incorporou definitivamente a Convenção Americana de Direitos Humanos pelo Decreto Presidencial nº 678 de 11 de novembro de 1992. Em 10 de dezembro de 1998, o Brasil depositou, junto ao secretário-geral da OEA, nota reconhecendo a *jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, podendo ser *processado em ações de responsabilidade internacional por violações de direitos humanos* e obrigando-se, assim, a implementar suas decisões⁽¹⁾.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em San José da Costa Rica, é a segunda Corte especializada em direitos humanos criada no Direito Internacional, tendo como predecessora apenas a Corte Européia de Direitos Humanos. Possui sete juízes e realiza sessões ordinárias e extraordinárias anuais. A Corte Interamericana só pode ser acionada (*jus standi*) pelos Estados contratantes ou pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que exerce a função similar à do Ministério Público brasileiro.

Frise-se que somente *Estados* podem ser réus perante a Corte de San José, ou seja, *não* se trata de uma *corte criminal* que julgaria indivíduos autores das violações de direitos humanos. Julga-se o Estado, por sua conduta comissiva ou omissiva, que teria proporcionado a violação de direitos protegidos. Contudo, no que tange aos indivíduos que cometeram as violações, a Corte, em jurisprudência tradicional de mais de vinte anos, exige dos Estados condenados plena e vigorosa *punição criminal dos indivíduos autores dos delitos*, o que serviria de garantia de não-repetição de tais condutas⁽²⁾.

A vítima (ou seus representantes) possui somente o direito de petição à *Comissão*

Interamericana de Direitos Humanos, que possui sete comissários e sede em Washington (EUA). A Comissão analisa tanto a admissibilidade da demanda (há requisitos de admissibilidade, entre eles, o esgotamento prévio dos recursos internos) quanto seu mérito. Caso a Comissão archive o caso (demanda inadmissível, ou quanto ao mérito, infundada) *não há recurso disponível à vítima*. Pode também a Comissão propor às partes (Estado e vítimas) uma solução amistosa da controvérsia, devendo zelar, contudo, que a vítima de violação de direitos humanos não tenha seus direitos amesquinhados no futuro acordo.

No caso de inexistir solução amistosa e a Comissão entender que houve violação de direitos humanos, há a adoção do chamado Primeiro Relatório ou Informe (confidencial), no qual se sugerem as medidas de reparação a serem adotadas pelo Estado infrator. Por sua vez, caso o Estado *não* tenha reconhecido a jurisdição da Corte de San José e *não* cumpra as recomendações do “Primeiro Informe”, caberá tão-somente à Comissão a adoção do Segundo Informe ou Relatório, público, que será encaminhado à Assembléia-Geral da OEA.

Caso, por outro lado, o Estado tenha já reconhecido a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Comissão, em até três meses contados do envio do Primeiro Informe sem que o Estado adote suas recomendações de reparação às vítimas, pode interpor uma *ação de responsabilidade internacional*⁽³⁾ contra o Estado infrator na Corte. Outra hipótese de ser o caso apreciado pela Corte ocorre se algum Estado, no exercício de uma verdadeira *actio popularis*, ingressar com uma ação contra o Estado violador. Até o momento, os Estados americanos *nunca* exerceram tal prerrogativa. Efetivamente, a Comissão é responsável, até hoje, pela propositura de *todos* os casos contenciosos na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Após a propositura da ação, há observância do exercício do contraditório e defesa, com plena instrução probatória. A sentença da Corte pode ser pela *procedência ou improcedência*, não existindo recurso às partes (Comissão e Estado, sendo a vítima considerada como assistente da Comissão) salvo o recurso de interpretação (embargos de declaração).

Além de apreciar ações de responsabilidade internacional de Estados por violações de direitos humanos, a Corte possui

ainda *jurisdição consultiva*, ou seja, pode ser chamada a emitir *pareceres ou opiniões consultivas* sobre a interpretação e aplicação de normas internacionais de direitos humanos, tendo sido já emitidos 19 pareceres consultivos (até o primeiro semestre de 2008). Apesar de não serem vinculantes tais pareceres, cabe salientar que cumprir a interpretação da Corte é importante para que se evite posterior ação de responsabilização por violação de direitos humanos.

Por outro lado, a Corte tem o poder de adotar *medidas cautelares* (denominadas “medidas provisórias”) para o resguardo de direitos em perigo. No que tange ao Brasil, foram proferidas decisões cautelares nos casos *Penitenciária Urso Branco*, *Penitenciária Araraquara* e do *Complexo Tatuapé da Febem de São Paulo*.

Em relação aos casos contenciosos envolvendo o Brasil nestes dez anos de reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte, já houve sentença de mérito (até 2008) em somente dois casos: o caso Damião Ximenes Lopes (procedência) e o caso Gilson Nogueira Carvalho (improcedência)⁽⁴⁾.

A sentença do caso Damião Ximenes Lopes expõe as mazelas do Brasil. Um cidadão, portador doença mental, com as mãos amarradas é morto em Casa de Repouso situada em Guararapes (Ceará), em situação de extrema vulnerabilidade. Somente sete anos após (2006) é que uma sentença, internacional diga-se, restaura, em parte, a justiça, concedendo *indenizações* (danos materiais e morais) e exigindo punições *criminais* dos autores do homicídio. Do Judiciário local, nada, com os processos na área cível e criminal ainda se arrastando no primeiro grau. Para aqueles que confiavam no Direito Internacional dos Direitos Humanos é esta sentença motivo de aplauso. Já o caso Gilson Nogueira de Carvalho referiu-se a homicídio de advogado defensor de direitos humanos no Estado do Rio Grande do Norte por membros de esquadrão da morte. O Brasil foi acusado pela Comissão por não ter investigado e punido, a contento, os responsáveis pela morte do sr. Gilson. Entretanto, a Corte considerou a ação da Comissão *improcedente*, uma vez que, para a Corte, a obrigação de investigar, perseguir criminalmente e punir os responsáveis pelas violações de direitos humanos é uma obrigação de *meio* e não de resultado. Malgrado, então, os resultados pífios (apenas um dos

pretensos responsáveis foi processado e absolvido pelo Júri popular), a Corte considerou que o Brasil esforçou-se para cumprir suas obrigações internacionais de garantia de direitos humanos.

Por fim, nestes dez anos do reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos cabe o alerta: a responsabilidade principal pela implementação dos direitos humanos é sempre do Estado. A esfera internacional é subsidiária e não é a solução de todos os casos. Sua função básica é servir de “último recurso” às vítimas e alerta aos governantes de que suas políticas não mais serão insuscetíveis de *avaliação crítica*.

No Brasil, o próximo passo deve ser a aprovação de uma lei sobre execução das deliberações internacionais de direitos humanos, ficando claro, quer no texto normativo e também nas mentes dos operadores do Direito, da imperiosa necessidade de se cumprir, integralmente, as decisões internacionais que concretizem os direitos de todos.

NOTAS

- (1) CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.
- (2) CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos – Análise dos sistemas*

de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002.

- (3) CARVALHO RAMOS, André de. *Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004.
- (4) CARVALHO RAMOS, André de. “Análise Crítica dos casos brasileiros Damião Ximenes Lopes e Gilson Nogueira de Carvalho na Corte Interamericana de Direitos Humanos”. *II Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, v. 1, pp. 10-31, 2007.

André de Carvalho Ramos

Professor doutor e livre-docente de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), professor do Grupo de Estudos em Direito da Universidade Bandeirante e procurador regional da República

DEFENSORIA PÚBLICA: A JUSTIÇA ONDE O POVO ESTÁ

Vitore André Zilio Maximiano

O acesso à Justiça aos necessitados, em 1988, foi elevado à condição de verdadeiro direito fundamental, visto que o art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, estabelece que o “Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Se não bastasse, o art. 134 da mesma Constituição atribui à Defensoria Pública — que deverá ser organizada em carreira — a condição de instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados.

Interessante apontar que a Constituição de 1967, com redação dada pela emenda nº 01/69, em seu art. 153, parágrafo 32, cuidava apenas de fixar que “será concedida assistência jurídica aos necessitados, na forma da lei”, sendo certo que sequer havia a obrigação imposta ao Estado em assegurar o fundamental direito de acesso à justiça.

A opção do constituinte de 1988 não poderia ser outra. Em uma sociedade complexa, com imperiosa necessidade de conhecimento técnico para manejo dos instrumentos de defesa dos direitos das pessoas, como garantir o acesso ao sistema de justiça àqueles que não podem pagar advogado? Como assegurar ao réu pobre, no processo penal, o devido processo legal?

A Defensoria Pública faz assegurar, justamente aos mais vulneráveis, o sagrado direito de dispor de todos os meios para a defesa de seus direitos e garantias violados.

O marco constitucional foi determinante. Segundo o *I Diagnóstico sobre Defensoria Pública no Brasil*⁽¹⁾, 77% das Instituições foram instaladas após 1988, sendo que a mais recente é a Defensoria de São Paulo, criada pela Lei Complementar estadual nº 988/06.

Em seu início, com 400 defensores públicos,

a Defensoria paulista cuidou fundamentalmente de substituir os procuradores da assistência judiciária — em número aproximado de 350 profissionais — nos locais em que o serviço já se encontrava organizado pela Procuradoria do Estado. Na Cidade de São Paulo, há escritórios da Defensoria nos bairros mais distantes, com elevado número de atendimentos à população carente, como Santo Amaro, São Miguel Paulista e Itaquera.

O movimento de crescimento institucional, como não poderia deixar de ser, deverá priorizar as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional, em atendimento ao que dispõe o § 2º do art. 45 da citada LC nº 988/06.

Ainda assim, com o atual reduzido número de Defensores Públicos, algumas experiências têm sido muito exitosas, na busca de meios para se garantir o acesso ao sistema de justiça às pessoas que se encontram à margem das cidades e das estruturas do Estado. Desde outubro de 2007, em razão de convênio celebrado com a Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania de São Paulo, Defensores Públicos têm atuado nos Centros de Integração da Cidadania (CICs), que contam atualmente com 10 postos fixos localizados em regiões periféricas da cidade de São Paulo, além dos municípios de Guarulhos, Ferraz de Vasconcelos, Francisco Morato e Campinas.

São áreas periféricas, de elevada exclusão social, em que a ausência do Estado é muito sentida. Nos CICs, a prestação de assistência jurídica tem se voltado muito menos ao ajuizamento de ações e mais significativamente à orientação visando à prevenção de conflitos.

Se é verdade que pequenos conflitos, no âmbito doméstico ou nas relações entre vizinhos ou pessoas próximas, possuem

potencialidade de serem convertidos em infrações penais, revela-se igualmente verdadeiro que a busca da conciliação ou mediação, sem grandes esforços, contribui de forma decisiva para solução da lide. São casos que certamente não necessitam bater às portas de um abarrotado Poder Judiciário, mas precisam de alguma técnica e conhecimento jurídico para a solução.

A Defensoria Pública tem muito a contribuir nesse campo, na prevenção de conflitos, prestando orientação aos necessitados e buscando soluções extrajudiciais para a resolução de conflitos. Quanto mais acessível a solução dos conflitos, mais se viverá o Estado de Direito e a própria democracia.

Também a partir de 2007, por meio de outra parceria com a mesma Secretaria da Justiça, a Defensoria paulista passou a promover atendimento jurídico no Centro de Referência e Apoio à Vítima (Cravi), órgão voltado a familiares de vítimas de crimes violentos.

A propósito, especialmente nesses casos, em que se sobressai uma tragédia no meio familiar e social no qual estava inserida a vítima, aguarda-se do Estado iniciativas que permitam um atendimento multidisciplinar em prol dos familiares. Afinal, o direito é limitado e sofre enormes entraves para ultrapassar a barreira do formalismo típico de um processo que, no mais das vezes, enxerga as partes como personagens de uma história que parece fictícia. Mas não. É tudo real, de carne e osso.

Deve haver um enorme esforço para que, em cada atendimento, em cada medida, os agentes do Estado enxerguem a pessoa que se apresenta como alguém à espera de uma prestação de justiça. Como é difícil evitar a banalidade, tão comum nas relações de um processo judicial, mesmo na área criminal.

Nesse ponto, é fundamental compreender como outras áreas do conhecimento muito têm a contribuir com o sistema de justiça. Esse também é um trabalho de prevenção. Não em relação ao crime cujos efeitos estão sendo duramente sentidos, mas especialmente àqueles que, no mais das vezes, clamam cegamente por vingança.

Nessa mesma esteira, a Defensoria paulista, desde março de 2008, em razão de convênio celebrado com a Prefeitura Municipal de São Paulo e na tentativa de cumprir com sua missão constitucional, deu início à prestação de assistência jurídica nos Centros de Cidadania e de Referência à Mulher, voltados exclusivamente ao atendimento à mulher vítima de violência doméstica, fruto das inovações trazidas pela Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha).

Instalados majoritariamente em bairros periféricos da Capital/SP, como Brasilândia, Parelheiros, Capela do Socorro, Perus e Itaquera, os Centros de Cidadania à Mulher contam atualmente, entre outros serviços, com a prestação de assistência jurídica prestada pela Defensoria, mais uma vez para exercer a prevenção de conflitos e, de outro lado, para o ajuizamento das chamadas medidas cautelares protetivas previstas na nova lei já mencionada, sem prejuízo da propositura da ação principal e acompanhamento da persecução criminal.

Exemplos não faltam, pelo país afora,

de como a Defensoria Pública, ao instalar-se onde o povo está, muito poderá contribuir com a educação em direitos e a prevenção de conflitos, em cumprimento ao seu mandamento constitucional de prestar assistência jurídica integral.

Todavia, cabe assinalar, conforme retrato contido no *II Diagnóstico sobre Defensoria Pública no Brasil*⁽²⁾, apenas 996 Comarcas são atendidas pela Defensoria Pública, o que corresponde a 39,7% das Comarcas existentes no Brasil. Em São Paulo, esse número é ainda menor, de 7,1%, alcançando apenas, além da Capital, as principais cidades de sua região metropolitana e do interior, enquanto que as demais são atendidas por advogados conveniados. Ainda assim, segundo o mesmo Diagnóstico, em 2005, a Defensoria Pública brasileira prestou 6.565.616 de atendimentos, com aumento de 19% em relação ao número de atendimentos de 2003, ano de análise do I Diagnóstico.

Há muito por fazer. Há muito por crescer. Se for permitido à Defensoria Pública chegar onde está o povo pobre, em todos os rincões deste País, a efetiva prestação de assistência jurídica, especialmente no que tange à orientação, prevenção e solução extrajudicial de conflitos, muito contribuirá para diminuir os embates tão acentuados em um país que reclama com justiça pela prestação da justiça a todos, a homens e mulheres, a pobres e ricos.

Se for permitido à Defensoria Pública chegar onde está o povo pobre, em todos os rincões deste País, a efetiva prestação de assistência jurídica, especialmente no que tange à orientação, prevenção e solução extrajudicial de conflitos, muito contribuirá para diminuir os embates tão acentuados em um país que reclama com justiça pela prestação da justiça a todos, a homens e mulheres, a pobres e ricos.

NOTAS

- (1) Ministério da Justiça, Brasil, 2004, p. 47, disponível em www.mj.gov.br.
- (2) Ministério da Justiça, Brasil, 2006, pp. 76 e 83, disponível em www.mj.gov.br.

Vitore André Zilio Maximiano

Mestre em Direito pela PUC/SP, 1º subdefensor público-geral do Estado de São Paulo e professor do Curso Marcato e de cursos de pós-graduação

OS BONS VENTOS DE HAIA

Marcos Alexandre Coelho Zilli

Em tempos em que as discussões sobre os poderes investigatórios do Ministério Público ganham corpo por estas bandas, muito oportuna é a decisão recentemente proferida pelo TPI no processo em que Thomas Lubanga Dyilo⁽¹⁾ é acusado da prática de crimes de guerra cometidos na República Democrática do Congo e que estão relacionados com o aliciamento de crianças para integrarem as *Forças Patrióticas para a Liberdade do Congo*, movimento armado responsável por incontáveis atrocidades cometidas naquele país.

Como se sabe, o modelo processual penal adotado pelo Estatuto de Roma (ER) é de inspiração híbrida. Na verdade, foi o produto de uma solução de consenso alcançada após um duro embate entre os representantes da família jurídica anglo-saxônica, de um lado, e os da família romano-germânica, de outro. Nessa perspectiva, o resultado que se alcançou é um amálgama processual, o único que, a rigor, faria jus ao rótulo de “processo misto”. Com efeito, a ausência de um órgão puramente investigatório foi preenchida

pela Procuradoria, a quem incumbe reunir e examinar provas, convocar e tomar o depoimento de vítimas e de testemunhas, obter a cooperação dos Estados nacionais ou mesmo de organismos intergovernamentais, além de celebrar acordos de cooperação investigatória⁽²⁾. Por outro lado, durante a instrução judicial, gozam as partes de autonomia na delimitação do objeto probatório e dos respectivos meios de prova o que, diga-se de passagem, é muito próprio do *adversary system*⁽³⁾. Mas, é importante frisar não terem os arquitetos do ER, adotado um “processo de partes” em sua total pureza. Na verdade, inúmeras foram as concessões feitas ao *inquisitory system*⁽⁴⁾, figurando como a mais evidente a possibilidade de os juízes determinarem, de ofício, a produção de provas não indicadas pelas partes⁽⁵⁾. De qualquer modo, os amplos poderes concedidos à Procuradoria foram compensados, em certa medida, com a previsão da chamada *disclosure*. Trata-se de expediente próprio do modelo anglo-saxônico, por meio do qual o órgão acusador é obrigado

a apresentar à defesa, com a antecedência necessária, todas as provas que serão utilizadas durante o processo e, especialmente, aquelas que, em maior ou menor grau, possam beneficiar o exercício da própria defesa — *exculpatory evidences*⁽⁶⁾.

Pois bem. Lubanga encontra-se preso provisoriamente desde 17 de março de 2006. A acusação foi formalmente recebida pela Câmara de Instrução em sessão especialmente designada para este fim — *confirmation hearing* —, realizada de 9 a 28 de novembro daquele mesmo ano. Na ocasião, a Procuradoria apresentou as provas colhidas durante a investigação e que serviram de base para a acusação. Todo o ato foi realizado com a observância do contraditório. Admitida a acusação, o processo foi encaminhado para a Câmara de Julgamento que, desde então, realizou inúmeras audiências, com a presença e auxílio das partes, a fim de preparar o caso para o julgamento. Foi justamente nesta fase que os problemas relacionados com a *disclosure* vieram à tona.

Com efeito, importantes documentos

tenham sido encaminhados à Procuradoria, pela ONU, sob o compromisso de que fossem mantidos confidenciais. A gravidade da situação assumiu contornos ainda mais dramáticos quando se suspeitou que o material conteria elementos favoráveis à defesa. Instada a apresentá-los, a Procuradoria buscou guarida no art. 54.3(e) do ER⁽⁷⁾, que assegura o sigilo de certas provas, a menos que as pessoas, entidades ou organismos responsáveis pelo fornecimento autorizem a divulgação. O mecanismo, é certo, foi desenhado para resguardar a identidade de muitos daqueles que, direta ou indiretamente, sofrem as consequências dos conflitos humanitários. O processo viu-se então diante de um impasse. Na tentativa de contorná-lo, a Procuradoria propôs a apresentação de outras provas que, no seu entender, seriam similares àquelas sobre as quais pairava o manto do sigilo. Obviamente, a proposta não foi aceita.

Nesse cenário, não restou à Câmara de Julgamento outra alternativa a não ser a suspensão o processo. As emotivas reações que se seguiram à decisão, sobretudo diante da perspectiva de soltura de Lubanga, têm ofuscado uma importantíssima mensagem que dela deve ser extraída: os valores mais caros à humanidade passam também pelo respeito ao *fair trial*. Ou dito de outra forma: o respeito incondicional aos parâmetros universais de um processo justo é, também, um dos pilares da dignidade humana.

Mas, quais são os parâmetros que podem ser extraídos do caso Lubanga? Em primeiro lugar, posiciona-se o verdadeiro sentido das *exculpatory evidences*, o qual deve ser o mais amplo possível. Ou seja, na expressão estão incluídas não só as provas capazes de demonstrar a inocência do acusado, mas também, aquelas potencialmente capazes de atenuar a reprovabilidade de sua conduta ou mesmo as que puderem afetar a credibilidade das provas da acusação. Não obstante, a divulgação de tais provas é uma garantia do acusado e condição do justo processo. Assegura a paridade de armas e, portanto, a igualdade processual. Dessa forma, à Procuradoria incumbe o dever — e não a mera faculdade — de apresentar toda e qualquer prova que esteja em seu poder e que possa ser favorável à defesa. Eventuais dúvidas deverão ser resolvidas pelo próprio Tribunal, porquanto incum-

be aos juízes a busca pelo justo equilíbrio entre o devido processo e o interesse punitivo. Trata-se de entendimento já consagrado pela jurisprudência internacional, como ilustra o caso *Rowe v. United Kingdom*⁽⁸⁾, julgado pela Corte Européia de Direitos Humanos. Com efeito, aquela Corte afirmou o caráter excepcional de qualquer restrição na divulgação do material probatório, bem como a necessidade de previsão

O processo, e sobretudo o processo penal, não pode ser examinado como uma experiência de laboratório, distante da realidade para a qual foi projetado. Com efeito, a estrutura processual, os seus institutos e as suas formas são próprios de uma sociedade em um dado momento político.

de mecanismos processuais capazes de contrabalancear as restrições, de modo a resguardar o exercício pleno e eficaz da ampla defesa. Daí resulta a obrigatoria intervenção judicial para a solução das situações duvidosas.

De qualquer modo, a decisão proferida no caso Lubanga nos impele a uma profunda reflexão. Independentemente da ausência de previsão constitucional — que não pode jamais ser desconsiderada — a concessão de poderes investigatórios ao Ministério Público no caso brasileiro é aspecto setorial que não pode ser desvinculado de um sistema que lhe empresta coerência. Em outras palavras, o reforço dos poderes de uma das partes da relação processual não pode ser arquitetado sem um correspondente reforço em favor da parte contrária. E, nessa dinâmica, não se pode olvidar figurar o acusado, invariavelmente, em uma posição inferiorizada e que será tão mais acentuada quanto mais graves forem os desníveis sociais do país. Logo, mudanças constitucionais e processuais dirigidas à implementação de poderes investigatórios ao Ministério Público deverão vir acompanhadas, necessariamente, de uma permissão, em igual medida, para o investigado. Mas, só isto não basta. Também deveriam ser desenhados mecanismos que obrigassem o Ministério Público a divulgar à defesa todo o material probatório colhido. E, por fim, deveriam ser previstas sanções processuais, administrativas e penais para o caso de descumprimento do dever.

Mas, todas essas considerações são ínfimas quando colocadas em face de uma questão de maior amplitude. Em que medida mudanças de tal envergadura seriam operativas, dadas as especificidades culturais e sociais do país? Afinal de contas, o processo, e sobretudo o processo penal, não pode ser examinado como uma experiência de laboratório, distante da realidade

para a qual foi projetado. Com efeito, a estrutura processual, os seus institutos e as suas formas são próprios de uma sociedade em um dado momento político. Transportá-los ou importá-los exige um exame criterioso sobre o contexto social no qual seriam operados. E isso jamais pode ser feito sem uma visão total e abrangente, analisando-se, ainda, os efeitos sobre todos os atores em conflito. São estas as ponderações que devem pautar as discussões, nunca se olvidando do resguardo da igualdade processual que, no caso brasileiro, constitui o fator mais sensível.

NOTAS

- (1) Nascido em 1960, em Djibá, na República Democrática do Congo (DRC). Fundou a União Patriótica do Congo (UPC), bem como seu braço militar, as Forças Patrióticas para a Libertação do Congo (FPLC), sendo o presidente da primeira e o comandante-chefe da segunda.
- (2) Conforme art. 54.3(a)(b)(c)(d) do ER.
- (3) De fato, neste modelo processual, que para alguns pode ser denominado de “processo de partes” e que se opõe ao *inquisitory system*, o ritmo da marcha é dado pelo embate travado entre os adversários. Há, portanto, uma espécie de “duelo civilizado” e que é protagonizado, exclusivamente, pelas partes. Nesse cenário, o juiz se posta como mero árbitro, incumbindo-lhe zelar pelo fiel cumprimento das regras do jogo. Não interfere na luta, a não ser para restabelecer a ordem. Ver, nesse sentido: **GRINOVER, Ada Pellegrini**. “A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 27/71, São Paulo: RT, ano 7, jul.-set. 1999 e, especialmente, a obra de **DAMASKA, Mirjan R.** *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven: Yale University, 1986.
- (4) Expressão cujo sentido e alcance não se equipara ao chamado “processo inquisitório” em contraposição com o “processo acusatório”. **GRINOVER, op. cit.**
- (5) É o que dispõe o art. 64.6(d) do ER: “...o Juízo de Julgamento em Primeira Instância poderá, se necessário: (...) d) ordenar a apresentação de provas adicionais às reunidas antes do julgamento ou às apresentadas no decurso do julgamento pelas partes.”
- (6) É o que dispõe o art. 67.2 do ER: “Além de qualquer outra revelação de informação prevista no presente Estatuto, o Procurador comunicará à defesa, logo que possível, as provas que tenha em seu poder ou sob o seu controle e que, no seu entender, revelem ou tendam a revelar a inocência do acusado ou a atenuar a sua culpa, ou que possam afetar a credibilidade das provas da acusação. Em caso de dúvida relativamente à aplicação do presente número, cabe ao Tribunal decidir.”
- (7) “O Procurador poderá: (...) e) concordar em não divulgar, em qualquer fase do processo, documentos ou informação que tiver obtido, com a condição de preservar o seu caráter confidencial e com o objetivo único de obter novas provas, a menos que quem tiver facilitado a informação consinta na sua divulgação.”
- (8) Disponível em: <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/view.asp?> (acesso em 18.07.2008)

Marcos Alexandre Coelho Zilli

Mestre e doutor em Direito Processual; professor doutor de Processo Penal na Faculdade de Direito da USP e coordenador do Departamento de Relações Internacionais do IBCCRIM

TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E CRIME AMBIENTAL

Helena Regina Lobo da Costa

Os reflexos da assinatura e do cumprimento de um termo de ajustamento de conduta na esfera dos crimes ambientais é uma das muitas questões que surgem do intrincado relacionamento entre o Direito Penal e outros ramos do Direito. Tais questões têm gerado perplexidade na aplicação do direito e representam um desafio para a doutrina.

A denominada administrativização do Direito Penal — fenômeno consistente na criminalização incidente sobre fatos que também configuram ilícitos administrativos — resulta em um crescente espaço de sobreposição de normas e sistemas penais e administrativos (ou civis). Essa sobreposição nem sempre se dá de forma tranqüila, sendo comum a existência de situações práticas paradoxais.

O Direito Penal Tributário parece ser o campo que vem tendo de lidar com tais situações há mais tempo e de forma mais evidente — tanto que se consolidou em nossa jurisprudência, depois de longos anos de contradições, a necessidade de se exaurir a esfera fiscal anteriormente à incidência da esfera penal.

O Direito Penal Ambiental padece das dificuldades geradas pela sobreposição de esferas de modo particularmente intenso, já que inúmeros tipos penais apresentam elementos que necessitam, para sua compreensão, do recurso à esfera administrativa. Além disso, muitas são as condutas penais que somente se configuram quando praticadas sem autorização da autoridade ambiental.

A assinatura do termo de ajustamento de conduta consiste em mais uma das situações em que se tem percebido a necessidade de buscar um relacionamento mais harmônico e livre de contradições entre as diferentes esferas incidente sobre um mesmo fato.

A previsão legal para o termo de ajustamento de conduta na esfera ambiental está no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), incluído em 1990, pela Lei nº 8.078. Esse dispositivo, bastante tímido e sintético, apenas prevê que “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

Na esfera civil, há discussão no plano teórico sobre a natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta. Alguns autores defendem tratar-se de um negócio jurídico declarativo; outros afirmam se cuidar de uma transação — essa última posição pre-

valece entre os estudiosos do tema.

Independentemente dessa relevante discussão, não restam dúvidas de que, uma vez firmado o termo de ajustamento de conduta, não se buscará a comprovação do dano ambiental e sua indenização (caso comprovado), mas sim a execução do próprio termo de ajustamento de conduta, até em razão de sua eficácia de título extrajudicial. Portanto, a assinatura do termo suspende o inquérito civil ou a ação civil pública e seu cumprimento os encerra.

Além disso, importante mencionar que o órgão ambiental pode assinar em conjunto o termo de compromisso e, como consequência, eventuais embargos, suspensão de atividades ou imposição de multas podem ser suspensos em razão da assinatura — no caso da multa, pode haver mera redução do valor.

Dá-se percebe que, tanto no âmbito da responsabilidade civil quanto no da administrativa, o termo de ajustamento de conduta tem como efeito a substituição da situação anterior por uma nova: aquela acordada no termo.

Todavia, as consequências na seara criminal poucas vezes têm sido levadas em consideração no bojo do termo de ajustamento de conduta. Tanto é assim que já houve inúmeras situações em que um interessado firmou um termo de ajustamento e foi denunciado criminalmente pela prática do mesmo fato — sendo que em muitos desses casos o termo foi utilizado como “confissão” dos fatos na esfera penal.

Apesar de ainda predominar a linha de que as instâncias penal e administrativa ou civil seriam independentes, a situação acima mencionada traz uma forte sensação de que algo está “fora da ordem”. Não parece muito razoável, por exemplo, num suposto crime de poluição seguir com a atuação do direito penal quando a esfera administrativa — que analisa de forma técnica um dos elementos do tipo penal, a poluição — abriu mão de decidir sobre os fatos e eventualmente impor sanção e não há, portanto, certeza técnica da ocorrência da conduta.

Diante dessas contradições práticas, algumas decisões de nossa jurisprudência vêm reconhecendo que o termo de ajustamento pode significar ausência de justa causa para a proposição de ação penal.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, analisando um caso em que houve assinatura de TAC com o Ministério Público e com o órgão ambiental, decidiu:

“Mandado de Segurança – Crime ambiental – Existência de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta – Ausência de justa causa – Deve ser trancada a ação penal por falta de justa causa na hipótese em que a impetrante assinou termo de compromisso de ajustamento de conduta ambiental junto aos órgãos competentes antes do oferecimento da denúncia – Mandamus concedido” (TJMG, Proc. 1.0000.03.400377-2, rel. **Jane Silva**, v.u., j. 25/06/2004).

O citado Tribunal já proferiu outras duas decisões semelhantes:

“Habeas Corpus. Acordo firmado com força de título executivo extrajudicial. Matéria penal definitivamente desconstituída que impede a apresentação da denúncia sobre o mesmo fato. Denúncia oferecida e recebida. Constrangimento ilegal caracterizado. Trancamento da ação penal ordenada.” (TJMG - HC 1.0000.04.410063-4/000(1), j. 24/08/2004, rel. **Antônio Carlos Cruvinel**, v.u.)

“Habeas Corpus. Trancamento de ação penal. Crime ambiental. Existência de Termo de Ajustamento de Conduta. Justa causa que não se verifica. Denúncia que não individualiza a conduta do paciente. Direito de defesa prejudicado. Inépcia. Ordem concedida” (TJMG - HC 1.0000.06.445201-4/00, rel. **Reynaldo Ximenes Carneiro**, j. 16/11/2006, v.u.).

A questão também é objeto de *habeas corpus* impetrado no Supremo Tribunal Federal (HC 92.921), ainda não julgado no mérito, mas cuja decisão liminar foi proferida pelo min. **Ricardo Lewandowski**, que fundamentou a decisão de concessão da liminar na possibilidade de dupla responsabilização pelos mesmos fatos, decorrente de assinatura de TAC e proposição de ação penal.

A análise do tema merece ser feita à luz de cada tipo penal, já que em alguns casos a vinculação entre as esferas penal e administrativa se faz diretamente no âmbito da tipicidade; em outros, se trata de ponto afeito à antijuridicidade.

Indubitavelmente, além da enorme relevância prática, cuida-se de discussão interessantíssima no que se refere aos seus aspectos teóricos e que, diante da importância cada vez maior do Direito Penal Ambiental, certamente merecerá atenção crescente tanto da doutrina quanto da jurisprudência.

Helena Regina Lobo da Costa

Mestre e doutora em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, professora da GVLaw e advogada

AINDA AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO HUMANAS

Maria Garcia

O assunto, evidentemente, está longe de ser visto com tranquilidade: a declaração da constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105, de 2005) pelo Supremo Tribunal Federal apenas resolveu uma parte da questão, a arguição de inconstitucionalidade desse dispositivo. Sabemos, porém, que as leis nem sempre correspondem à complexidade de certas questões da realidade social e, sob este ângulo, continua de pé a polêmica científica e ética a respeito.

Recente decisão do juiz **Fabio Henrique de Toledo** (*Correio Popular*, Campinas, 09-6-2008) ressalta que “o problema tem raízes mais profundas e que não se quer enfrentar. O dispositivo da Lei de Biossegurança em questão tem um inescindível propósito: dar uma solução ao problema dos embriões congelados, tanto que não se permite produzir embriões para pesquisa mas tão-somente se admite que sejam utilizados para tanto os inviáveis e os congelados há mais de três anos. Sendo assim deveríamos, em respeito à vida humana, cuidar de proibir com rigor que, doravante, haja embriões, vale dizer seres humanos, congelados em laboratório. E para isso bastaria que se fecundassem apenas os óvulos que fossem efetivamente ser utilizados”.

E pergunta, afinal: “Será que a essas vidas que se mantêm congeladas está sendo assegurada a dignidade da pessoa humana, também assegurada no art. 1º, III da Constituição Federal?”

Sabe-se que o processo todo é oneroso, daí o acúmulo de embriões que, não mais sendo utilizados, por variados motivos (inclusive o desinteresse dos pais) tornaram-se objeto de um motivo econômico para seu descarte. Isto é bem de nossos tempos...

Do ponto de vista científico, vale lembrar a frase da juíza **Jutta Limbach**, ex-presidente da Suprema Corte Alemã: “1) A Ciência do Direito não é competente para responder à questão sobre a partir de quando começa a vida humana; 2) As ciências naturais, em virtude do seu conhecimento, não estão em condições de responder à questão a partir de quando a vida humana deve ser colocada sob a proteção da Constituição.”

A Constituição garante a inviolabilidade do direito à vida: embriões humanos teriam direito a viver? Essa é a questão a exigir resposta, que se estende igualmente ao óvulo fecundado, pois não há possibilidade de existir o processo vital senão a partir de um início. Trata-se de um *continuum* com fases antecedentes e conseqüentes, todas igualmente neces-

sárias ao desenvolvimento de um determinado ser.

A respeito da decisão do Supremo, várias posturas foram enfatizadas pela mídia: para alguns, “impediu que uma ética privada, a religiosa, fosse imposta a todos” (*Folha de S.Paulo*, 30/5/2008). “Trata-se de direito absoluto à vida dos que, podendo curar-se de males graves, sejam impedidos desse objetivo por restrições não-jurídicas, estranhas à ética”

(**Walter Ceneviva**, *Folha de S.Paulo*, 31/5/08). De seu lado, registra *O Estado de S.Paulo*, 31/5/08, p. C2: “O ministro **Joaquim Barbosa** foi ao nervo da questão, ao assinalar que a Lei de Biossegurança “respeita três primados fundamentais da República: laicidade, liberdade individual e liberdade de expressão intelectual e científica”.

Desde logo, porém, um ponto deve ser firmado: o Estado deve ser laico, mas não a-ético. Trata-se, portanto, de ética e não, de religião. Neste caso, Ética Pública ou Política que firmou na sociedade brasileira princípios básicos, como a dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, inexistente direito absoluto de um lado apenas, numa relação jurídica: o embrião não teria, também, direito “absoluto” à vida? Ademais, há direitos absolutos?

A Constituição refere-se, unicamente, ao bem jurídico, “vida”, sem especificar se embrião, se criança, se adulto e atribuiu dignidade própria à qualidade de “humano”. A balança simbólica do Direito e da Justiça deve sopesar os valores humanos com igualdade, para que exista o necessário equilíbrio.

Quanto à liberdade de manifestação científica (art. 5º, IX), como qualquer outra espécie de liberdade, encontra limites na própria Constituição, ou seja, nos direitos limítrofes a esse direito.

A Ciência não teria limites?

Wittgenstein externou uma opinião: “A era da ciência e da tecnologia é o começo do fim da humanidade.” E **Nietzsche** escreveu em seu diário: “O objetivo da ciência é a destruição do mundo” (**Paulo Cesar de Souza**, *Freud, Nietzsche e Outros Alemães*, Imago, p. 119). Poderia parecer exagero: não, se lembrarmos a liberação da energia atômica, destruída e incontrolável.

Não há como não reconhecer: com o avanço da ciência e da tecnologia está-se diluindo a diferença entre o que é humano e o que não é humano e o que pode ser utilizado para experiências científicas. **Habermas** (*O Futuro da Natureza Humana*, Martins Fontes, 2004) refere-se à compreensão ética da espécie humana, que nos faz “nos compreender como seres eticamente livres e moralmente iguais, orientados por normas e fundamentos”.

Essa compreensão não pode ser perdida: a manipulação do ser humano, sob qualquer motivo, não fará desaparecer, precisamente, a

diferença daquilo que tem a qualidade do humano?

As doutrinas alemã e italiana são firmemente contrárias à manipulação genética não respeitante da autonomia individual, ou a vontade de um terceiro (embrião), em suma, a dignidade humana: **Franco Bartolomei** (*La Dignità Umana como Concetto e Valore Costituzionale*, p. 108) indaga: “É tutelado juridicamente o embrião de poucos dias, não implantado no útero?” E responde: “Certamente, o óvulo extracorpóreo, fecundado e ainda não implantado, se trata de ‘vida pré-natal’. Mas é, no entanto, sempre vida e precisamente vida humana (não animal ou pré-humana). O óvulo fecundado não é coisa, criatura inferior, mas homem, pessoa — tertium non datur. A antecipação da tutela da vida e da dignidade humana a esta primeiríssima forma de vida humana é imposta pela Constituição.” E conclui: “A experiência histórica ensina que os progressos realizados em total boa fé pela pesquisa científica, transformadas em circunstâncias políticas, podem tornar-se fonte dos mais terríveis abusos.”

É uma questão que permanece em aberto.

Maria Garcia

Livre docente pela PUC-SP; professora de Direito Constitucional, Direito Educacional e Biodireito Constitucional na PUC-SP; vice-coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-SP; membro da CoBi do HCFMUSP e do IASP; procuradora aposentada do Estado de São Paulo; membro-fundador e atual diretora geral do IBDC e membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas (Cadeira Enrico T. Liebman)

OS DISCURSOS DE EMERGÊNCIA E O COMPROMETIMENTO DA CONSIDERAÇÃO SISTÊMICA DO DIREITO PENAL

Ana Elisa Bechara

OS DISCURSOS DE EMERGÊNCIA E O COMPROMETIMENTO DA CONSIDERAÇÃO SISTÊMICA DO DIREITO PENAL

Não há dúvida de que as questões de política criminal são, na atualidade, normalmente relegadas a um segundo plano pelos operadores do Direito. Assiste-se hoje a uma política criminal transmutada em política de segurança.

Nesse contexto, a crescente produção legislativa em matéria penal demonstra claramente que a norma incriminadora deixou de representar o poder coercitivo estatal voltado indistinta e igualmente aos membros do grupo social, a partir de uma vontade soberana, para materializar a hegemonia de interesses de grupos de pressão sobre o poder público. As diversas contrariedades técnicas e vícios teóricos verificados nesses diplomas penais extravagantes não permitem falar de harmonia ou qualquer pretensão unitária da legislação especial, conforme há tempos e de forma reiterada se vem denunciando, seja na esfera acadêmica, seja no próprio universo prático dos operadores do Direito.

Voltemos, então, à raiz do problema. No âmbito da sociedade contemporânea, denominada por alguns de sociedade de risco⁽¹⁾, a sensação generalizada de insegurança, enaltecida pelos meios de comunicação, acaba por converte-se em um discurso de emergência e, assim, em pretensão social crescente, a que o Estado, por meio do Direito Penal, deve fornecer resposta. Diante desse quadro, a par dos movimentos clássicos de restrição do Direito Penal, surgem cada vez mais demandas voltadas a uma ampliação da proteção penal, que ponha fim, ainda que nominalmente, à angústia coletiva. E tal aspiração de uma coletividade que se autocompreende antes de tudo como vítima conduz a uma importante transformação no âmbito do Direito Penal objetivo: em concreto, perde-se a visão deste como instrumento de defesa dos cidadãos frente à intervenção coativa do Estado e, por via de consequência, perde-se a noção do Direito Penal como sistema.

A fim de conferir resposta à sociedade insegura, tem-se a proliferação desenfreada de leis penais, adotando-se uma técnica legislativa assumidamente casuística, que tende a considerar o Direito Penal como instrumento de controle acessório ao Direito Administrativo. Os tipos penais distanciam-se dos requisitos clássicos da generalidade e da abstração, transformando-se em instrumentos de administração de situações particulares, de “emergências” concretas. A esse Direito podemos denominar Direito Penal de

Emergência, marcado pela perda do caráter subsidiário e fragmentário e pela missão de instrumento político de segurança⁽²⁾. Nessa linha, as normas elaboradas a partir dos discursos de emergência integram um Direito Penal simbólico, cujo objetivo é, antes de buscar soluções, demonstrar a especial importância outorgada pelo legislador aos aspectos de comunicação política a curto prazo na aprovação social das normas correspondentes⁽³⁾. A partir desse modelo de política criminal, ou de política de segurança, consentâneo a uma ciência jurídica voltada exclusivamente à eficácia, cria-se um sistema jurídico tecnocrático, que visa a destruir as propostas de solução estrutural dos problemas sociais.

Tratando dos discursos de emergência em matéria penal, **Juarez Tavares** salienta que a criação de novas incriminações se desenvolve na medida em que a ampliação do poder sancionador não possa, por si mesmo, através dos processos de sua justificação, garantir a estabilidade da norma. Assim, tratando do princípio da estabilidade da norma como fundamento simbólico de poder, o descompasso entre essa pretendida estabilidade e os problemas que a realidade apresenta força necessariamente a adoção de soluções normativas para esses problemas. E os conflitos que a realidade social oferece deixam de ser resolvidos por meio de mecanismos de atuação real e passam a servir de motivo para acentuar-se a sanha legislativa. *“Não é surpreendente, portanto, que se procedam reformas quase que diárias das leis penais e a elaboração de novos diplomas, com novas incriminações.”*⁽⁴⁾

A partir desse discurso, soaria adequado, inclusive, defender o Direito Penal do inimigo, na linha de **Günther Jakobs**, aplicável àqueles que, por não revelarem lealdade ao sistema e, assim, confiabilidade, deixam de ser considerados pessoas para se converter em inimigos, merecendo, assim, tratamento excepcional ao próprio ordenamento jurídico destinado aos cidadãos⁽⁵⁾.

A cultura de emergência e a prática da exceção são, então, responsáveis pela involução do ordenamento jurídico-penal, que se expressa na reedição, talvez em novos trajes, dos velhos modelos próprios da tradição penal pré-moderna, como a adoção de práticas inquisitivas e métodos de intervenção típicos da atividade da polícia.

Nesse sentido, **Loic Wacquant** observa

que a América Latina é hoje considerada terra de evangelização dos apóstolos do Estado policial, na linha norte-americana da política de tolerância zero⁽⁶⁾. Chega-se, assim, a um Estado de Polícia, ou “Estado policialesco”, conforme expressão recentemente utilizada pelo próprio presidente do Supremo Tribunal Federal, no qual, por de trás de um pretenso aumento da criminalidade, em verdade emerge uma forte campanha de lei e ordem.

Ora, se, na linha funcionalista, o Direito Penal cumpre a função de garantir a estabilidade da ordem jurídica, não se pode aceitar um emaranhado de leis desproporcionais, incoerentes e excepcionais ao próprio ordenamento jurídico penal e constitucional, sob pena de macular a manutenção desse sistema normativo. E quando o sistema perde eficácia, perde também sua credibilidade e força, passando a justificar fenômenos sociais como o visto no final da década de 60 no Estado de São Paulo, a partir da formação e atuação do Esquadrão da Morte, em pleno regime militar⁽⁷⁾. É claro que, influenciada pelo clima de insegurança, a sociedade tende a aplaudir esse tipo de atuação e, antes de tudo, essa pseudo-polarização, ainda que de forma hipócrita, já que os discursos de emergência acabam muitas vezes por encobrir as relações existentes entre os “mocinhos” e “bandidos”, no mesmo contexto de atuação criminosa.

Assim, a par do desafio inicial, imposto a todos nós, como operadores do Direito, de decidir se usaremos a dogmática penal para manter ou para destruir o Direito Penal, emerge outro desafio, de iguais proporções: a retomada da visão unitária do Direito Penal, como sistema.

Em trabalho apresentado junto à XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, em 1999, **René Ariel Dotti** salientou que, naquela época, a legislação especial em matéria criminal, quer criminalizando condutas ou declarando-as equiparadas a tipos já previstos no Código Penal, quer abordando aspectos relativos à caracterização dos delitos ou à aplicação ou extinção das penas, alcançava o expressivo número de 109 diplomas. Quanto às leis extravagantes que regulavam contravenções penais, havia 10 diplomas legais. Há quase dez anos atrás, a soma global chegava, portanto, a 119 diplomas dispondo sobre crimes e contravenções penais, a parte das normas do Código Penal⁽⁸⁾.

Diante desse quadro, a função jurídi-

ca de ordenação social parece ficar sem efeito a partir da perda da importância conferida a uma visão sistêmica do Direito. A inflação legislativa produziu o fracionamento da ordem jurídica, criando microssistemas que, embora possam ter alguma referência no Código Penal, acabam ganhando autonomia e independência.

Tradicionalmente atribui-se à sistêmica um grande valor. O fim da dogmática jurídico-penal é, assim, apreender conceitualmente o conteúdo e a estrutura dos preceitos penais e colocar os distintos conceitos alcançados em um sistema científico logicamente coerente. A partir daí, tem-se que a tarefa do penalista consiste em superar as aparentes contradições surgidas na realidade, solucionando referidos problemas concretos de forma harmoniosa com o sistema. Tal sistema, é bem verdade, não pode ser considerado como definitivo ou fechado, mas sim como suscetível a modificações e a novas harmonizações quando essas se mostrarem necessárias, no enfrentamento de novos problemas. Mas, ainda assim, e apesar de novos problemas, não é possível entender as considerações sistemáticas como carentes de valor⁽⁹⁾. Em outras palavras: a noção de sistema penal, a tão duras penas conquistada, deve ser mantida.

Qualquer idéia de reforma legislativa não pode, portanto, deixar de conferir importância à adoção de uma visão sistêmica e geral do Direito Penal, como bem se salientou no âmbito do próprio Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, que, no ano de 1998, negou-se a oferecer sugestões ao anteprojeto de reforma penal, nos moldes então apresentados⁽¹⁰⁾.

É importante observar que a discussão sobre a necessidade de adoção de uma visão sistêmica do Direito Penal não é exclusivamente brasileira, constituindo motivo de preocupação em vários outros ordenamentos jurídicos, a exemplo do espanhol. De fato, e curiosamente, neste último país se decidiu por abandonar a idéia de universalidade do Código Penal, conforme restou expresso no texto da Exposição de Motivos de 1995, *in verbis*: “*el presente proyecto difiere de los anteriores en la pretensión de universalidad. Se venia operando con la idea de que el Código Penal constituyese una regulación completa del poder punitivo del Estado. La realización de esa idea partía ya de un déficit, dada la importancia que en nuestro país reviste la potestad sancionadora de la Administración; pero, además, resulta innecesaria y perturbadora. — Innecesaria porque la opción decimonónica a favor del Código Penal y en contra de la leyes especiales se basaba en el hecho innegable de que el Legislador, al elaborar*

un Código, se hallaba constreñido, por razones de trascendencia social, a respetar los principios constitucionales, cosa que no ocurría, u ocurría en menor medida, en el caso de una ley particular. Hoy, sin embargo, tanto el Código Penal como las leyes especiales se hayan jerárquicamente subordinadas a la Constitución y obligadas a someterse a ellas, no solo por esa jerarquía, sino también por la existencia de un control jurisdiccional de la constitucionalidad. Consiguientemente, las leyes especiales no pueden suscitar la prevención que históricamente provocaban. — Perturbadora, porque, ..., hay materias que difícilmente pueden introducirse en él. Pues, si una pretensión relativa de universalidad es inherente a la idea de Código, también lo son las de estabilidad y fijeza, y existen ámbitos en que, por la especial situación del resto del ordenamiento, o por la naturaleza misma de las cosas, esa estabilidad y fijeza son imposibles. Tal es, por ejemplo, el caso de los delitos relativos al control de cambios... La misma técnica se ha utilizado para las normas reguladoras de la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo.”

A opção adotada pelo legislador espanhol é criticada por **Francisco Javier Alvarez García**, para quem o contínuo recurso à legislação especial acaba por traduzir-se em uma vontade de “mudar as regras do jogo” e de converter o que deveria constituir uma exceção em modelo de comportamento no âmbito de setores inteiros do ordenamento, que acabaram migrando ao Direito Penal⁽¹¹⁾.

Só temos a concordar com a crítica mencionada, ressaltando que, a partir da hipertrofia do ordenamento jurídico causada pela legislação extravagante, tem-se assistido, antes de mais nada, à ampla vulneração do princípio da legalidade, mediante o recurso a tipos indeterminados, abertos, à utilização de analogia e, inclusive, ao reconhecimento de um cada vez mais amplo e excessivo arbítrio judicial. De outro lado, a linguagem das leis penais extravagantes, ao se apresentar múltipla, discordante, prolixa e ambígua, torna impossível a compreensão de um conteúdo unitário, em relação ao qual o intérprete possa inferir critérios unívocos e coerentes⁽¹²⁾. Veja-se, inclusive, que as normas penais têm a função precípua de estabelecer a comunicação entre o Estado e os indivíduos, devendo deixar claros os comportamentos indesejáveis. Provoca-se, assim, uma grande desordem nos marcos normativos, em razão das difíceis relações que se impõem, a partir da hipertrofia legislativa, no interior do ordenamento penal.

Portanto, ao tratarmos de reformas penais, ou mesmo do enfrentamento dos atuais discursos de emergência, que têm

levado ao enfraquecimento e, assim, à verdadeira crise de legitimidade do Direito Penal, devemos pensar, como medida urgente, na elaboração de uma consolidação das leis penais, que resulte na unificação do discurso legislativo, em respeito a princípios penais e constitucionais fundamentais tais como o da legalidade e o da proporcionalidade. Somente a partir daí, restituindo-se ao Direito Penal a noção de sistema, poder-se-á pensar nas demais reformas, igualmente imprescindíveis à manutenção do caráter liberal do Direito Penal, tais como a descriminalização de condutas que em nada ofendem aos interesses sociais fundamentais convertidos a bens jurídico-penais.

Ilustrando a difícil tarefa que se impõe a todos nós, sob pena de vermos destruídos os pilares fundamentais de um Direito Penal voltado às garantias individuais frente ao limitado poder do Estado, e, assim, de retrocedermos a um Direito Penal autoritário e moralizador, podemos trazer a ponderação de **Giorgio Agamben**, para quem a pergunta correta sobre os horrores praticados nos campos de concentração não é aquela hipocritamente voltada a solucionar como foi possível cometer delitos tão graves em relação a seres humanos; e sim, de forma mais honesta e, sobretudo mais útil, indagar atentamente acerca do modelo jurídico e dos procedimentos políticos que tornaram possível chegar a privar tão completamente de seus direitos e garantias tais seres humanos, a ponto de se deixar de considerar a prática de qualquer tipo de ação contra eles como um delito⁽¹³⁾.

NOTAS

- (1) Na linha do sociólogo **Ulrich Beck**. *La Sociedad del Riesgo. Hacia una Nueva Modernidad*. Trad. **Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás**. Barcelona: Paidós, 1998.
- (2) Nas Palavras de **Luigi Ferrajoli**, o Direito Penal de Exceção designa simultaneamente duas coisas: a legislação de exceção em relação à Constituição e, portanto, a mutação legal das regras do jogo; a jurisdição de exceção, por sua vez degradada em relação à mesma legalidade alterada. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Trad. **Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chour, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 650.
- (3) **SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María**. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, pp. 304 e segs.
- (4) “A crescente legislação penal e os discursos de emergência”. In: *Discursos Sediciosos. Crime, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1997, p. 55. Observa-se que a produção legislativa em matéria penal é tamanha no Brasil que soa impossível, na atualidade, afirmar seu conhecimento, mesmo para os especialistas nessa área.
- (5) Quanto à crítica dessa concepção de Günther Jakobs, **Francisco Muñoz Conde** adverte que, se aquele autor descreve a existência real de um Direito Penal do Inimigo no âmbito dos ordenamentos

jurídicos dos Estados de Direito, não se pode aceitar que a atividade do jurista possa se limitar à mera constatação da situação. Para além de mera descrição, deve-se analisar a compatibilidade desse pretendido Direito com os princípios do Estado Democrático de Direito e com os direitos fundamentais consagrados na Constituição e nas declarações internacionais de direitos humanos. O jurista não pode, assim, ser simplesmente um mensageiro, transmitindo a má notícia, classificando-a por meio de um nome; deve-se analisá-la criticamente, não a partir de razões ideológicas ou políticas, mas sim por razões estritamente jurídicas. **MUÑOZ CONDE, Francisco. De Nuevo Sobre el Derecho Penal del Enemigo.** Buenos Aires: Hammurabi, 2005, pp. 82-83.

- (6) Citado por **Eduardo Alberto Paredes, Los Discursos de Emergencia y los Procesos de Criminalización.** *Revista de Derecho Penal, Proceso Penal y Criminología.* Ano 2, n. 4, 2002, pp. 440 e segs. O autor cita, como exemplo emblemático da política de tolerância zero novaioquina, a técnica do *stop and frisk*, consistente no poder conferido à polícia de reter indivíduos individuais, procedendo à buscas pessoais e em seus automóveis, em plena via pública, independentemente de ordem judicial, sob justificativa de fundada suspeita.
- (7) Há registro de esquadrões da morte em diversos outros Estados, como no Rio de Janeiro, no final da década de 50. Tais grupos ainda parecem existir e são amplamente acei-

tos pela sociedade, conforme se infere nas diversas comunidades eletrônicas voltadas à sua exortação.

- (8) Conforme dados publicados por **René Ariel Dotti** no artigo "Proposta para uma nova consolidação das leis penais". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 28, p. 152.
- (9) Nesse sentido, v. **GIMBERNAT-ORDEIG, Enrique. Concepto y Método de la Ciencia del Derecho Penal.** Madrid: Tecnos, 1999, pp. 106-107.
- (10) Conforme editorial do *Boletim* do **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais** de agosto de 1998, p. 01.
- (11) "Reflexiones sobre el principio de legalidad". In: *Nuevas Opciones de la Dogmática Jurídica Penal.* (Dir. **Francisco Javier Vieira Morante**). Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006, p. 327.
- (12) Importante lembrar que, no âmbito de uma Estado Democrático de Direito, o Direito Penal possui como função a comunicação, por meio do tipo, dos comportamentos considerados indesejáveis pelo Estado aos membros do grupo social.
- (13) **AGAMBEN, Giorgio. Homo Sacer. El Poder Soberano y la Nuda Vida.** Trad. **Antonio Gimeno Cuspinera.** Valencia: 2003, citado por **Francisco Muñoz Conde. De Nuevo Sobre el Derecho Penal del Inimigo...**, cit., p. 88.

Ana Elisa Bechara

Professora doutora de Direito Penal
na Faculdade de Direito da USP

PARTICIPE POR ACREDITAR

CONGRESSO NACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - BELO HORIZONTE/MG

Data: 25, 26 e 27 de setembro de 2008

Local: Dayrell Minas Hotel - Dayrell Theatre - Rua Espírito Santo, 901 - Centro - Belo Horizonte/MG

Informações e Inscrições: (31) 3248 1903 / 3248 1977 - www.praetorium.com.br

SEMINÁRIO DEPOIS DO GRANDE ENCARCERAMENTO - RIO DE JANEIRO/RJ

Coordenação: Min. da Justiça / Instituto Carioca de Criminologia

Data: 28 e 29 de agosto de 2008

Local: Centro de Conv. Hotel Glória - Sl. Branco - 2º and. - Rio de Janeiro/RJ

Inscrições/Info.: (21) 22211663 - sdge2008@gmail.com

SEMINÁRIO: DESAFIOS DO DIREITO NO SÉCULO XXI - PORTO ALEGRE/RS

Apoios: ESA (OAB/RS), Ed. Lumen Júris, IBCCRIM, ITEC e Movimento Antiterror

Data: 1 a 3 de setembro de 2008

Local: Auditório da ESA (OAB-RS) - R. dos Andradas, 1276 - 8º and.

Inscrição: Sec. da ESADE (www.esade.com.br)

* **Desconto para associados do IBCCRIM**

COLÓQUIO EM HOMENAGEM AO IDPEE DA FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA / PORTUGAL: DOGMÁTICA PENAL, POLÍTICA CRIMINAL E CRIMINOLOGIA NA PERSPECTIVA DO SÉCULO XXI

Tema: Dogmática Penal, Política Criminal e Criminologia na Perspectiva do Século XXI

Data: 15 e 16 de setembro de 2008 (segunda e terça-feira).

Local: Riema Paulista Classic Flat Service, localizado na Rua Bela Cintra, 672 - Cerqueira César - São Paulo - SP

Professores brasileiros: Alberto Silva Franco, Alvino 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.

Professores portugueses: Cláudia Cruz Santos, Jorge de Figueiredo Dias, José Francisco de Faria Costa e Manuel da Costa Andrade.

Inscrições: no site do IBCCRIM (www.ibccrim.org.br)

Informações: por telefone (11 3105-4607 - ramais 125 ou 140) ou e-mail (curso@ibccrim.org.br)

Patrocínio:

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS



Entidades que assinam o Boletim:

■ AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas - Amazon

■ CEARÁ

- Associação Cearense de Magistrados
- Associação Cearense do Ministério Público

■ DISTRITO FEDERAL

- Associação dos Magistrados do Distrito Federal e Territórios - Amagis/DF
- Defensores Públicos do Distrito Federal - ADEPDF

■ MATO GROSSO DO SUL

- Associação dos Defensores Públicos de Mato Grosso do Sul
- Associação dos Delegados de Polícia de Mato Grosso do Sul - Adepol/MS

■ MINAS GERAIS

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

■ PARÁ

- Associação do Ministério Público do Estado do Pará

■ PARANÁ

- Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná

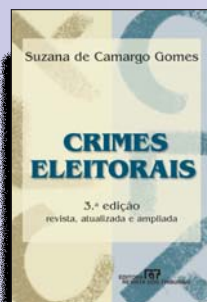
■ RIO GRANDE DO SUL

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

■ SÃO PAULO

- Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo - ADPESP
- Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/SP

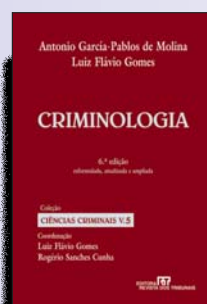
Confira as sugestões de leitura que a RT traz para você



3.ª edição
384 páginas



320 páginas



6.ª edição
554 páginas



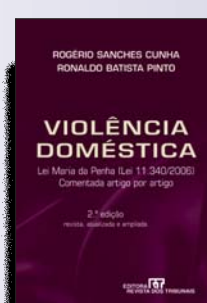
2.ª edição
384 páginas



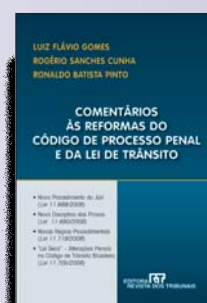
7.ª edição
750 páginas



3.ª edição
144 páginas



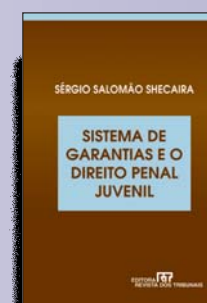
2.ª edição
272 páginas



2.ª edição
878 páginas



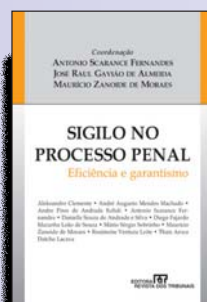
8.ª edição
204 páginas



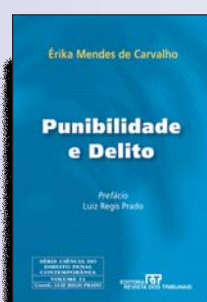
238 páginas



320 páginas



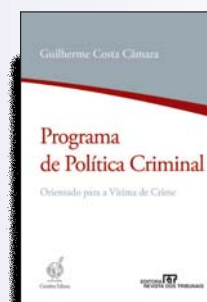
316 páginas



512 páginas



128 páginas



co-edição RT e Coimbra
400 páginas



176 páginas



704 páginas

EDITORA RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS

www.rt.com.br