

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL:

AS MARCHAS E CONTRA-MARCHAS DA POLÍTICA MUNDIAL DE DROGAS

O ano de 2008 é um marco histórico para a revisão da Política Mundial de Drogas. Todos sabemos que, quando falamos sobre políticas públicas relacionadas à questão das drogas, vemo-nos obrigados a praticamente refletir a respeito do proibicionismo-punitivo que, patrocinado no plano internacional pelos Estados Unidos da América — que, por sua vez, detém a hegemonia no concerto internacional das nações —, não encontrava nenhum contraponto ao seu modelo, que se traduz na chamada “guerra às drogas”.

A Organização das Nações Unidas assumiu integralmente o modelo estadunidense. Contudo, a própria ONU estabeleceu, em sua última revisão (UNGASS/1998), que o objetivo a atingir seria o de “um mundo livre de drogas” (ilícitas, claro!) até o ano de 2008. Pois bem, ao atingirmos o marco resolutivo e, frente ao evidente fracasso da proposta, fica a questão: qual a política que queremos a partir de 2008?

Um dos maiores especialistas europeus em direito da droga afirma que, por mais paradoxal que possa parecer, “a proibição é um grande aliado do tráfico, e que a economia da droga é dinamizada pela proibição”.⁽¹⁾

Com efeito, a política proibicionista-punitiva fracassou em todas as suas metas e, o que é pior, causou efeitos perversos, deletérios, com a sua implementação. Assim é que, na saúde pública provocou: i) ausência de controle da toxicidade e adulteração das substâncias consumidas, o que gera os maiores riscos à saúde dos consumidores; ii) o alto nível de contágio do vírus HIV e outras doenças entre usuários de drogas lançados na marginalidade; iii) a dificuldade de implementação de políticas de redução de danos aos dependentes inseridos na ilegalidade e oposição aos modelos mais atuais de ajuda às pessoas que usam drogas; iv) o contínuo enfrentamento do sistema penal pelos usuários dessas substâncias, mesmo à margem da lei, o que tornam essas pessoas mais refratárias a procurar qualquer tipo de ajuda, quando necessária; v) aumento no número de mortes em decorrência das disputas e da repressão ao tráfico de drogas.⁽²⁾

No sistema jurídico-constitucional citam-se: vi) o reforço excessivo do sistema policial em detrimento do sistema judicial; vii) a utilização de meios penais e processuais extraordinários, violadores de princípios e garantias constitucionais; viii) as medidas de exceção destinadas ao grande tráfico são aplicadas aos pequenos e médios traficante-usuários, que lotam as penitenciárias; ix) desumanização das penas e do sistema penitenciário; x) superlotação carcerária.

Numa perspectiva sócio-econômica podem ser ainda adicionados: xi) aumento da vigilância, controle e violência imposta a amplas camadas da população de baixa renda, que são suspeitos de tráfico, até prova em contrário; xii) favorecimento do envolvimento de jovens com o crime, desagregação familiar; xiii) incremento do tráfico de armas; xiv) incremento das possibilidades de lavagem de dinheiro; xv) a alta dos preços derivada da ilegalidade torna cada vez mais poderosas as organizações de traficantes; xvi) aumento da corrupção nos poderes públicos e na polícia, em especial nos países em desenvolvimento; xvii) aumento da violência e do número de homicídios nos grandes centros urbanos.

Talvez, a única contribuição positiva do modelo proibicionista seja a comprovação empírica de que não há como se inibir o uso e a venda de drogas mediante o controle penal, quando a sociedade não quer e não aceita esse controle; além de ter ensinado que um modelo uniforme de controle não tem condições de prosperar, diante da diversidade das características culturais, econômicas e sociais dos diversos países.

Nesse quadro devemos garantir que a reflexão se dê num ambiente pluralista, favorável ao livre e desassombrado trânsito das idéias. É preciso, portanto, nesse momento da história, incentivar, ampliar e garantir o debate e o livre fluxo das informações e opiniões para que seja assegurada uma ampla consulta aos diversos setores e atores sociais que se apresentem ao debate. Por outro lado, é necessário fomentar, apoiar, financiar e garantir a pesquisa acadêmica para que a formulação das políticas públicas seja baseada em critérios mais científicos e laicos, o que emprestará maior racionalidade ao modelo alternativo à atual política de drogas.

A política mundial de drogas, por seus multifacetados aspectos e por seus reflexos geopolíticos, se torna hoje um paradigma na construção de um mundo globalizado: resta saber se pretendemos continuar a ter como referência global o Estado Democrático de Direito ou se, pelo contrário, caminhamos para a implantação de um Estado policiaisco-punitivo, um totalitarismo penal em escala mundial. Estamos numa encruzilhada da história: ingressaremos numa nova Idade das Trevas ou numa Idade da Razão!?

NOTAS

- (1) CABALLERO, Francis; BISIOU, Yann. “La prohibition ça ne Marche pas”. *Droit de la Drogue*. Paris: Dalloz, 2000, p. 103.
- (2) Aqui se mencionam os pontos indicados por DE LA CUESTA, Jose Luis. “Legislación europea occidental sobre drogas”, *Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, pp. 453-454, com algumas outras inclusões que entendemos pertinentes.

EDITORIAL:

- AS MARCHAS E CONTRA-MARCHAS DA POLÍTICA MUNDIAL DE DROGAS 1
- DA (IN)EXISTÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS AO SISTEMA PENAL: UMA PROXIMIDADE
Edimar Carmo da Silva 2
- MEDIDA PROVISÓRIA Nº 417/08 E ATIPICIDADE DO PORTE ILEGAL DE ARMAS DA LEI Nº 10.826/03
Manuel Guijarro Sanchez Filho 4
- PULSEIRINHAS, TORNOZELEIRAS E INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.906/08
Roberto Soares Garcia 6
- TRANSAÇÃO, COISA JULGADA PENAL E CRIME AMBIENTAL
Fábio Tófic Simantob e Isadora Fingerhann 7
- NATUREZA TRIBUTÁRIA DO CRIME DE DESCAMINHOS
Adriana Pazini de Barros 8
- ONDE ESTÁ A IGUALDADE? PEDERASTIA NO CPM
Mariana Barros Barreiras 9
- A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NA AMÉRICA LATINA
Marcos Zilli e Maria Thereza Rocha de Assis Moura 10
- UM CRIME PARA COMENTAR E UM SAMBA PARA DISTRAIR
Renato Campos Pinto De Vitto 12
- UM BREVE PANORAMA DA RECENTE PROPOSTA DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NO PROCEDIMENTO DO JÚRI
Reinaldo Daniel Moreira 13
- DEFESA PRÉVIA. INÍCIO DA CONTAGEM DE PRAZO. INTELIGÊNCIA DA CARTA CIDADÃ E DA LEI 10.792/2003
Luís Guilherme Vieira 15
- A CONDUÇÃO COERCITIVA PARA O ATO DO INTERROGATÓRIO DO ACUSADO PRESO E O CONSTITUCIONAL DIREITO DA DEFESA PESSOAL NEGATIVA
José Francisco de Fyschinger e Rodrigo Oliveira de Camargo 16
- SÚMULA 347 DO STJ - FIM DA INCONSTITUCIONAL ESCOLHA ENTRE LIBERDADE E APELAÇÃO
Amalia Gomes Zappala 18

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

O DIREITO POR QUEM O FAZ

- BUSCA PESSOAL. INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE POLICIAL. ILICITUDE DA PROVA 1177
- LIBERDADE DE EXPRESSÃO E APOLOGIA AO CRIME 1178

EMENTAS

- Supremo Tribunal Federal 1178
- Superior Tribunal de Justiça 1180
- Tribunais Regionais Federais 1180
- Tribunais de Justiça 1183

DA (IN)EXISTÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS AO SISTEMA PENAL: UMA PROXIMIDADE

Edimar Carmo da Silva

A implementação de políticas públicas de base (em especial educação, saúde e segurança) constitui um dever do Estado e objetiva o pleno exercício da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Busca também a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além da garantia do desenvolvimento nacional com a erradicação da pobreza e da marginalidade de modo a reduzir as desigualdades. Quando o Estado falha na formação de base da pessoa para exercício da cidadania, permitindo, de outra ponta, o êxito apenas de quem disponha de meios próprios, estará direta/indiretamente a fomentar a desigualdade, a pobreza e a marginalização das pessoas excluídas dos instrumentos de ascensão social.

Uma sociedade calcada na livre iniciativa e cujo investimento na pessoa, visando à formação do cidadão, não alcance o mínimo necessário para romper a barreira histórica da política da promessa (ou da promessa política), está fadada a arcar/suportar as consequências do exercício da violência, assim expressada como manifestação individual e apolítica, cujo agravamento chega às raízes de uma silenciosa guerra civil desarticulada/desorganizada. A inexistência de políticas públicas de base, dever do Estado, estabelece um *deficit* no exercício da cidadania e atua diretamente na perpetuação de gerações de pessoas sobre as quais, excluídas de acesso aos mecanismos de ascensão social, correntemente o sistema de justiça criminal seleciona e deflagra a perseguição penal. O sistema de justiça criminal, pelos agentes formais da perseguição criminal (de regra operadores do Direito), cede ao discurso político dominante fazendo perpetuar uma crise de legitimidade do Estado nessa perseguição. Agrava-se a crise quando essa intervenção penal, indiscriminadamente, passa a decidir casos sem qualquer nota do interesse público.

O atual quadro da perseguição criminal no Brasil é flagrante na seleção de pessoas excluídas do acesso aos mecanismos de ascensão social, vez que constituem a ampla maioria dos acusados e encarcerados.

Um dos efeitos da existência de políticas públicas na/para a formação de base da pessoa-cidadã é exatamente criar uma expectativa de mudança de comportamento, ação e metas individuais. A ausência dessas ações afirmativas é frequentemente relegada quando ecoa o discurso criminalizante da lei e ordem, somada à irracionalidade do sistema de justiça criminal que tem

como âncora a tradicional dogmática penal (dever ser) como fomentadora do distanciamento entre a realidade jurídica com a realidade social (ser).

Esse descompasso entre a dogmática tradicional e a realidade social ganha vulto quando o sistema de justiça criminal, em operação, na verdade, reproduz a violência por meio das investigações, processamentos, acusações, condenações e encarceramentos de pessoas envolvidas em situações cujos fatos não ultrapassam a nota da irrelevância jurídico-penal e do interesse público.

Não custa lembrar que o ápice do “moderno” saber penal foi alcançado pela (de)nominada dogmática jurídico-penal. Esse saber teve como escore a Escola Clássica fundada na ideologia da defesa — ou promessa de segurança — do indivíduo, bem como na Escola Positiva fundada na ideologia da defesa da sociedade.⁽¹⁾ Com o superado discurso da ressocialização, estabelecido mais como um monólogo do dominante para o dominado, que busca a prática de uma política criminal “profilática do crime”, constitui, na verdade, mecanismo de proteção e reprodução de “*injustiças e desigualdades sociais, bases permanentes (e intocadas) de produção e reprodução do crime*”.⁽²⁾

A inexistência de políticas públicas, em especial para as populações jovens das regiões periféricas brasileiras, outrora oriundas dos conhecidos “cinturões de miséria”, cria uma ausência de perspectivas a que essas pessoas possam superar as deficiências de um preparo intelectual minimamente exigido para certas atividades laborais, reduzindo-as às atividades dos subempregos, senão as deslocando para a economia informal que campeia os grandes centros urbanos. Mesmo em sociedade vista como desenvolvida, a restrição orçamentária que antes buscava atender determinadas pessoas em situação de emergência, ou em risco de emergência, redundou numa evidente inflação da população carcerária e no acréscimo da intervenção punitiva em algumas localidades.⁽³⁾ A população carcerária alvo do sistema de justiça criminal, na grande maioria do caso brasileiro, surge desse meio. Dessa classe é que o sistema penal seleciona os desviantes da conhecida criminalidade visível,⁽⁴⁾ eis que em torno de 80% dos delitos perseguidos constituem “reações individuais e não políticas às contradições típicas do sistema de distribuição da riqueza”, tornando impossível enfrentar o problema da marginalização cri-

minal sem incidir na estrutura da desigualdade.⁽⁵⁾

Nesse contexto, o sistema de justiça criminal (enquanto produtor e reproduzidor da violência impondo a garantia coativa da ordem social disciplinada pela legalidade idealizada/demarcada pelo Estado Novo) ainda espera resposta adequada e comportamento conforme a “lei” dessa população que, pela posição social, está em condições anormais/adversas — insuperáveis pelas próprias forças — e tratadas, continuamente, quando desviantes, como “produto de uma natureza má”, de “um sujeito anti-social” e possuidor de uma “vontade livre e consciente” que se volta contra os valores fundamentais da sociedade “protegida pela lei penal com ameaça de pena”.⁽⁶⁾ Aqui reside um ponto de aparente irracionalidade dos operadores do sistema de justiça criminal, vez que mesmo no âmbito da legalidade “nunca se pode interpretar um texto legal sem incorporar dados da realidade”, sob pena de, negligenciando essa realidade, incorrer em “arbitrariedade”.⁽⁷⁾

É de conhecimento geral que os operadores do sistema de justiça criminal, enquanto adeptos do retribucionismo calcado na concepção da pena como prevenção geral do crime, não enfrentam a crise de legitimidade do sistema penal e permanecem na noção (senão ilusão) do plano do dever-ser de que se vive em uma sociedade “justa”, igualitária e legitimante da pena que alcança todos os desviantes. Essa sociedade ideal não existe. Nesse contexto, nas condutas voltadas contra o patrimônio privado, mas sem lesão efetiva (com a restituição do objeto pretendido), fica evidente a falta de interesse público para perseguição e possibilita privilegiar não a retribuição penal pela violação do direito (não raras vezes pela mera intenção e sem dano efetivo — ex., casos de tentativas de crimes patrimoniais sem violência ou grave ameaça à pessoa), mas sim de modo preponderante e efetivo, a saber, da real dimensão do fato e da possibilidade de composição, particularmente levando em conta o interesse da pessoa diretamente atingida.

Essa é uma direção proclamadora da superação do “*universo estreito de lógica ultrapassada e insuficiente, que é o universo do Direito penal*”,⁽⁸⁾ por meios alternativos à pena e de modo a minimizar os efeitos (de dor) decorrentes da intervenção penal, senão mesmo de evitar a perseguição penal desnecessária/inútil nos casos/fatos sem relevância jurídico-penal e sem a nota do interesse público, por uma atitude de poli-

tica criminal do titular da ação penal pública: Ministério Público.

NOTAS

- (1) **ANDRADE, Vera Regina Pereira de.** *A Ilusão da Segurança Jurídica – Do Controle da Violência à Violência do Controle Penal*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, pp. 45-71.
- (2) **SANTOS, Juarez Cirino dos.** *As Raízes do Crime: Um Estudo sobre as Estruturas e as Instituições da Violência*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 95.
- (3) **WACQUANT, Loïc.** *Punir os Pobres – A Nova Gestão da Miséria nos Estados Punitivos (A Onda Punitiva)*. Trad. de Sérgio Lamarão, 3ª ed. rev. ampl., Rio de Janeiro: Revan, 2007, pp. 96-125.
- (4) **NEPOMOCENO, Alessandro.** *Além da Lei: A Face Obscura da Sentença Penal*. Rio de Janeiro, Revan, 2004, pp. 177-198.

- (5) **BARATTA, Alessandro.** *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos, 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999, pp. 190-198.
- (6) **SANTOS, loc. cit.**, p. 95.
- (7) **ZAFFARONI, Eugenio Raul.** *Em Busca das Penas Perdidas: A Perda de Legitimidade do Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 80.
- (8) **ZACKESKI, Cristina.** "A Guerra Contra o Crime: permanência do autoritarismo na política criminal latino-americana", in: **ANDRADE, Vera Regina Pereira de** (org.). *Verso e Reverso do Controle Penal: (Des)Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 124.

Edimar Carmo da Silva

Promotor de Justiça do MPDFT e
mestrando em Ciências Criminais na PUC/RS

PARTICIPE POR ACREDITAR

COLÓQUIO EM HOMENAGEM A COIMBRA: DOGMÁTICA PENAL, POLÍTICA CRIMINAL E CRIMINOLOGIA NA PERSPECTIVA DO SÉCULO XXI

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) promoverá, nos dias 15 e 16 de setembro de 2008, um evento em homenagem ao IDPEE, reunindo professores portugueses e brasileiros, para debater o tema: *Dogmática Penal, Política Criminal e Criminologia na Perspectiva do Século XXI*.

Tal iniciativa será realizada em retribuição ao Colóquio em homenagem ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - Justiça Penal Portuguesa e Brasileira: Tendências de Reforma, realizado nos dias 13 e 14 de abril de 2007 no Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal.

Entre os professores brasileiros estão 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. Do IDPEE foram convidados os professores Anabela Maria Pinto de Miranda Rodrigues, Jorge de Figueiredo Dias, José Francisco de Faria Costa e Manuel da Costa Andrade.

O evento será realizado no Riema Paulista Classic Flat Service, localizado na Rua Bela Cintra, 672 – Cerqueira César - São Paulo – SP e o programa, valores e condições de inscrições estarão disponíveis a partir de abril, no site do IBCCRIM. Mais informações por telefone (11 3105-4607 – ramais 125 ou 140) ou e-mail (curso@ibccrim.org.br).

FORUM ON-LINE IBCCRIM

Toda quarta-feira, sempre às onze horas da manhã (horário de Brasília), acessando www.ibccrim.org.br o associado pode conversar com exclusividade com grandes especialistas das Ciências Criminais. Veja, abaixo, a programação para os próximos encontros do Fórum On-line e participe!

04/06/08: José Carlos Dias (ex-secretário estadual da Justiça em São Paulo, no Governo André Franco Montoro; ex-ministro da Justiça no Governo Fernando Henrique Cardoso; advogado criminalista em São Paulo), conversando sobre "*O Advogado Criminalista*".

11/06/08: Cleonice Bastos Pitombo (mestre e doutora em Processo Penal pela Faculdade de Direito da USP, ex-coordenadora-chefe da *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ex-coordenadora-chefe da Biblioteca e do Depto. de Relações Internacionais do IBCCRIM; advogada em São Paulo), conversando sobre "*Busca e Apreensão no Processo Penal*".

18/06/08: Juliana Belloque (mestre em Processo Penal pela Faculdade de Direito da USP, coordenadora-chefe da *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, presidente da Associação dos Defensores Públicos do Estado de São Paulo), conversando sobre "*Lei Maria da Penha: Aspectos Penais e Processuais Penais*".

25/06/08: Luis Niño (catedrático de Direito Penal e Processual Penal na Universidade de Buenos Aires, diretor do Mestrado em Criminologia da Universidade Nacional de Lomas de Zamora, Argentina, professor de Pós-Graduação nas Universidades de Belgrano, Argentina; Zulia, Venezuela; e Salamanca, Espanha, magistrado dos Tribunais Criminais de Buenos Aires), conversando sobre: "*Direito Penal do Inimigo*".

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 Ávila Maronna

COMUNICAÇÕES: Renato Sérgio de Lima

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:
Guilherme Madeira Dezem

INICIAÇÃO CIENTÍFICA: Camila Akemi Perruso

INTERNET: Ludmila Vasconcelos Leite Groch

NÚCLEO DE PESQUISAS: Jacqueline Sinhorretto

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 Garcia Belloque

COMISSÕES:

Presidentes:

CÓDIGO PENAL: Mariângela Gama de
Magalhães Gomes

CONVÊNIOS: André Augusto Mendes Machado

HISTÓRIA: Roberto Maurício Genofre

INFÂNCIA E JUVENTUDE: Renata Flores
Tibyriçá

JUSTIÇA E SEGURANÇA: Renato Campos
Pinto de Vítto

MEIO AMBIENTE: Adilson Paulo Prudente do
Amaral

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: Paulo
Sérgio de Oliveira

MONOGRAFIAS: Andrei Koerner

NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA: Rui Stoco

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS: Maurides
de Melo Ribeiro

SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Carlos Vico
Mañas

SISTEMA PRISIONAL: Alessandra Teixeira

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 417/08 E ATIPICIDADE DO PORTE ILEGAL DE ARMAS DA LEI Nº 10.826/03

Manuel Guijarro Sanchez Filho

Com a promulgação da Medida Provisória nº 417 em 31 de janeiro deste ano, o ordenamento jurídico se viu mais uma vez inovado no que tange aos prazos de registro e entrega dos armamentos existentes na Lei nº 10.826/03.

Frise-se que desde a publicação da Lei nº 10.826/03, os prazos do art. 30 (registro de armas) e art. 32 (entrega dos artefatos de uso permitido ou não às autoridades competentes) do diploma têm sido constantemente dilatados por sucessivas medidas provisórias e leis. Assim que o texto original da Lei nº 10.826/03 previa um prazo de 180 dias a partir de sua publicação (23/12/2003) para efetivação das medidas. Ocorre que a Medida Provisória nº 229, de 17/12/2004, estabeleceu que os prazos do art. 30 e 32 da Lei de Armas ficariam prorrogados até 23 de junho de 2005. Mais uma vez uma nova Medida Provisória, nº 253 (convertida na Lei nº 11.191/05) dilatou tais prazos até 23 de outubro de 2005 e assim fomos até que a atual Medida Provisória nº 417 estabeleceu um novo prazo de registro no art. 30 e retirou totalmente o prazo do art. 32 da Lei de Armas.

A Medida Provisória n. 417/08 alterou a dicção do art. 30 da Lei 10.826/03, assim constando: *“Os possuidores e proprietários de armas de fogo de fabricação nacional, de uso permitido e não registradas, deverão solicitar o seu registro até o dia 31 de dezembro de 2008 (...).”*

Deste modo, durante o período que vai da publicação da Medida Provisória (31/01/2008) até o limite estabelecido pela nova dicção do art. 30 da Lei de Armas (31/12/2008), o indivíduo que for flagrado em sua residência ou local de trabalho com arma não registrada (mas registrável) não terá praticado o crime do art. 12 da Lei nº 10.826/03. Igualmente, não haverá incidência típica durante o novo prazo estabelecido pelo art. 30 da Lei de Armas, na conduta da pessoa que for encontrada realizando qualquer um dos núcleos verbais do art. 14 da Lei de Armas.

A Medida Provisória nº 417/08, igualmente, alterou a dicção do art. 32 da Lei nº 10.826/03, assim constando: *“Art. 32 – Os possuidores e proprietários de armas de fogo poderão entregá-las, espontaneamente, mediante recibo, e presumindo-se de boa-fé, poderão ser indenizados. Parágrafo único: o procedimento de entrega de arma de fogo de que trata o caput será definido em regulamento.”*

Por sua vez, a Exposição de Motivos da MP 417, no seu item 4, assim dispõe: *“A urgência da medida também se manifesta por meio da alteração que se pretende ao art. 32 do Estatuto do Desarmamento, que a partir da*

edição desta medida provisória não mais definirá um prazo final de entrega, mediante indenização, das armas não registradas.”

Conforme salientado por **Delmanto** em *Leis Penais Especiais Comentadas*, Ed. Renovar, p. 651, ainda sobre a antiga dicção do art. 32 da Lei do Desarmamento que estabelecia prazo para a entrega das armas às autoridades: *“Em face do acima exposto, o sujeito que até 23 de outubro de 2005, fosse apanhado em sua residência na posse ilegal de arma de fogo (de uso proibido, permitido ou restrito) não teria praticado os crimes do art. 14 e 16 da Lei 10.826/03, porque até o término do prazo poderia registrá-la ou entregá-la na Polícia Federal.”*

A nova dicção da lei aboliu o prazo fatal, mas mantém o raciocínio de permitir a entrega do artefato à Polícia Federal sem que exista punição ao agente. Logo, não há como puni-lo pela conduta de porte ilegal de arma de uso permitido ou não, eis que a inovação da legislação atual permite a entrega da mesma sem punições ou perguntas — ao contrário, indenizando o agente.

Quando ainda na dicção anterior do art. 32 (com estabelecimento de prazo máximo para a entrega), o Supremo Tribunal Federal acolheu a tese da atipicidade temporária quando o fato fora praticado em data posterior à da publicação da lei, mas quando ainda dentro do limite para a regularização ou entrega do artefato de fogo.

Tal foi a decisão trazida a baila no *Informativo* nº 494 do STF de 20 de fevereiro de 2008, no HC 90.995/SP.

“Lei 10.826/2003: Atipicidade Temporária e Posse de Arma de Fogo.

*A Turma indeferiu habeas corpus em que se pretendia o reconhecimento da extinção da punibilidade com fundamento na superveniência de norma penal descriminalizante. No caso, o paciente fora condenado pela prática do crime de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito (Lei 9.437/97, art. 10, § 2º), em decorrência do fato de a polícia, em cumprimento a mandado de busca e apreensão, haver encontrado uma pistola em sua residência. A impetração sustentava que durante a vacatio legis do Estatuto do Desarmamento, que revogou a citada Lei 9.437/97, fora criada situação peculiar relativamente à aplicação da norma penal, haja vista que concedido prazo (Lei 10.826/2003, artigos 30 e 32) aos proprietários e possuidores de armas de fogo, de uso permitido ou restrito, para que regularizassem a situação dessas ou efetivassem a sua entrega à autoridade competente, de modo a caracterizar o instituto da **abolitio criminis**. Entendeu-se que a vacatio legis especial prevista*

*nos artigos 30 e 32 da Lei 10.826/2003 (Art. 30. Os possuidores e proprietários de armas de fogo não registradas deverão, sob pena de responsabilidade penal, no prazo de 180 dias (cento e oitenta) dias após a publicação desta lei, solicitar o seu registro apresentando nota fiscal de compra ou a comprovação da origem lícita da posse, pelos meios de prova em direito admitidos. Art. 32. Os possuidores e proprietários de armas de fogo não registradas poderão, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta lei, entregá-las à Polícia Federal, mediante recibo e, presumindo-se a boa-fé, poderão ser indenizados, nos termos do regulamento desta lei.”), não obstante tenha tornado atípica a posse ilegal de arma de fogo havida no curso do prazo que assinalou, não subtrain a ilicitude penal da conduta que já era prevista no art. 10, § 2º, da Lei 9.437/97 e continuou incriminada, com mais rigor, no art. 16 da Lei 10.826/2003. Ausente, assim, estaria o pressuposto fundamental para que se tivesse como caracterizada a abolitio criminis. Ademais, ressaltou-se que o prazo estabelecido nos mencionados dispositivos expressaria o caráter transitório da atipicidade por ele indiretamente criada. No ponto, enfatizou-se que se trataria de norma temporária que não teria força retroativa, não podendo configurar, pois, abolitio criminis em relação aos ilícitos cometidos em data anterior (HC 90.995/SP, rel. min. **Menezes Direito**, 12.2.2008).”*

Ou seja, reconheceu o Supremo Tribunal Federal que havendo dilatação do prazo para entrega ou regularização da arma, a norma encontra-se com sua tipicidade suspensa da data da publicação da norma para o futuro, dentro do prazo limite estabelecido, apesar de não reconhecer-se qualquer caráter retroativo.

No caso atual do novo art. 32 da Lei de Armas, seguindo a orientação do Pretório Excelso exposta anteriormente, teríamos que a conduta cometida em data posterior a 31 de janeiro de 2008 (abrangida pela nova dicção da lei por força da MP nº 417/08), encontrar-se-ia coberta pelo manto da atipicidade temporária.

Polêmica pode surgir sobre a falta de prazo estabelecida pelo novo art. 32 da Lei nº 10.826/03. Afinal, podem os órgãos repressores alegar que a falta de prazo praticamente leva à atipicidade absoluta da conduta. Independente de ter sido ou não esta a vontade original do legislador, outra não pode ser a conclusão. Havendo permissão legislativa expressa para a entrega dos armamentos e sem que exista agora um prazo limite para o fim desse benefício por parte do Estado, a atipicidade torna-se ab-

soluta, não mais temporária, para utilizarmos a dicção do Supremo Tribunal Federal. Pelo menos até que se faça nova alteração do art. 32 da Lei do Desarmamento seja por lei, seja por medida provisória.

Uma tese contrária, com a qual não concordamos, mas que poderia ser levantada por aqueles que desejem manter o viés repressor, seria o de usar supletivamente o prazo estabelecido pelo art. 30 da Lei de Armas. O art. 30 da Lei 10.826/03 também foi modificado pela Medida Provisória nº 417/2008, alterando para a data de 31 de dezembro de 2008 o prazo fatal para que proprietários de armas não registradas requeiram o seu registro junto à Polícia Federal.

Logo, em uma tentativa dos órgãos de repressão para salvar algum caráter punitivo da norma, encontraríamos o prazo máximo de 31 de dezembro de 2008 para entrega do artefato. Mesmo neste caso, que a rigor não tem amparo na nova dicção legal, a conclusão seria de atipicidade temporária da norma desde a data da publicação da Medida Provisória nº 417 (31/01/2008) até a data limite de 31/12/2008.

Gize-se que tal raciocínio foi aqui exposto de maneira supletiva, eis que a exposição de motivos da medida provisória é clara a respeito da ausência de prazo final para a entrega do artefato. Como dito de maneira explícita no item 3 da exposição de motivos, o foco é o desarmamento de uma população possuidora de

um arsenal estimado em 14 milhões de armas, não a punição. Medida que merece aplausos.

Frise-se que a alegação de que eventual agente encontrado com arma de fogo não estaria seguindo os ditames trazidos pelo Decreto nº 5.123/04 para a entrega do artefato de fogo às autoridades policiais — solicitação de guia de transporte com data e hora estabelecida — também não pode configurar óbice para o reconhecimento de seu direito a tratamento mais brando.

De fato, a própria existência do decreto e seus requisitos é desconhecida para diversos operadores do Direito, havendo inclusive grande confusão legislativa com a profusão de medidas provisórias que vêm tratar do tema, alterando-se constantemente prazos, havendo grande celeuma sobre a aplicação plena ou atipicidade temporária da norma, sendo, portanto, plenamente aceitável que o agente incorra em verdadeiro erro de proibição a respeito da maneira de entrega do armamento.

Seja como for, a inovação legislativa trouxe novo paradigma para os operadores do Direito que não podem ignorar a mudança na política pública colocando o foco — desta vez de maneira explícita — na mobilização pelo desarmamento da população e não na punição dos indivíduos.

Manuel Guijarro Sanchez Filho

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro

PARTICIPE POR ACREDITAR

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CRIMINOLOGIA DO IBCCRIM

As inscrições para o **Curso de Pós-Graduação em Criminologia do IBCCRIM** estão abertas até o dia **13 de Junho de 2008** e o regulamento está à disposição dos interessados no **site** (www.ibccrim.org.br) e no **Departamento de Pós-Graduação do IBCCRIM**. O Curso será ministrado para 30 alunos e as aulas ocorrerão quinzenalmente às sextas-feiras das 18h30 às 22h30, e aos sábados das 8h00 às 12h00 e das 14h00 às 18h00. A carga horária total será de 396 horas e o Curso terá duração de 2 anos. Mais informações por telefone (11 3105-4607 - ramal 174) ou *e-mail* (posgraduacao@ibccrim.org.br).

II ENCUENTRO NACIONAL DE CRIMINOLOGIA & CIÊNCIAS FORENSES - LIMA / PERU

Organização: Asociacion Española de Cooperacion Internacional y Desarrollo e Instituto de Investigaciones Forenses - Sede Peru y la Asociacion Nueva Ciencia de San Marcos

Local: Centro Cultural España - Av. Natalio Sanchez 181 - Lima/Peru

Datas: 13 e 14, 20 e 21, 27 e 28 de Setembro de 2008

Horário: das 9h às 19h.

Inscrições e Informações: info@peru.institutoforense.org

Informações sobre exposições: encuentrocriminologia@gmail.com

III CONGRESO DE LA ASOCIACIÓN INTERAMERICANA DE DEFENSORÍAS PÚBLICAS (AIDEF) - BUENOS AIRES / ARGENTINA

Datas: 11, 12 e 13 de junho de 2008

Local: Buenos Aires, AR

Tema Central: *El Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad.*

Formulário de inscrição: <http://www.flovv.com/spikeflow/flowlist.html?form=296&flowMasterId=296>

Informações: <http://congresoaidfuenosaires2008.blogspot.com/>



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, Cecilia 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) 6215-3596
E-mail: ameruso@ameruso.com.br

IMPRESSÃO: Ativa/M - Tel. (11) 6602-3344

"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: 15.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA IBCCRIM

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

ATENDIMENTO DIGITAL

Seções:

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

PULSEIRINHAS, TORNOZELEIRAS E INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.906/08

Roberto Soares Garcia

Em abril de 2008, o Estado de São Paulo brindou o Brasil com a Lei nº 12.906, que disciplina o uso de tecnologia no controle do cumprimento de restrição de caráter penal e processual penal. Em resumo, de acordo com os critérios estabelecidos na norma, seria possível fiscalização de cumprimento de condições impostas por decisão judicial a condenado ou a preso cautelar, pelo controle remoto de sua localização, desde que o cidadão ao monitoramento aquiescesse. Tal vigilância dar-se-ia por meio da afixação de pulseiras ou de tornozeleiras eletrônicas, muitas vezes menores que um celular — o maior modelo testado é uma caixinha de 8cm de altura, por 4cm de largura e 4 de espessura; o menor tem 2cm de espessura, 4cm de altura e 2cm de largura — que, contendo *microchip*, transmitiria sinais de rádio a central(is) de verificação mantida(s) pelo Estado.

Levantaram-se, logo, aplausos e vaias. Alguns afirmaram que a medida incrementaria a utilização pelo Judiciário de recursos diversos do encarceramento, uma vez que passariam os juízes a fiar mais no cumprimento das restrições por eles impostas, com reflexo importante no número de encarcerados; outros gritaram contra o ferimento à dignidade dos monitorados, já que o uso das pulseiras/tornozeleiras seria estigmatizante (chegaram até a lembrar das estrelas amarelas costuradas às roupas dos judeus na Alemanha nazista!). Dentre estes e aqueles, houve quem levantasse também a inconstitucionalidade da medida, por extrapolar a matéria regulada a atribuição legislativa estadual. Passemos, então, por cada umas dessas teses, para, no meio, levantar ponto que parece ser relevante para o debate.

Salvo melhor juízo, a afirmação de que a maior possibilidade de fiscalização seria indutora da adoção de decisões judiciais que impusessem restrições, impedindo a “remessa” do cidadão diretamente ao cárcere, *data venia*, carece de precisão. Nada, absolutamente nada, garante que os juízes passarão a adotar medida diversa da determinação de prisão, só porque se fiscaliza mais o cumprimento das condições impostas para a concessão de liberdade provisória, por exemplo.

Tal idéia, embora sedutora, não resiste a análise mais apurada, já que amparada apenas em “achismo”: imagina-se que o juiz escolhe a prisão, como “reação antecipada” ao descumprimento de condições cujo descumprimento considera certo, por ausência de fiscalização das autoridades ad-

ministrativas; com maior controle, quebrar-se-ia o ciclo viciado, o que levaria os magistrados a escolher medidas diversas do encarceramento.

Não conheço pesquisa que afirme ser essa “quase insegurança” judicial a razão íntima de decidir dos magistrados e acho perigoso que se a tente adivinhar, embora tenha a sensação de que a imposição de prisão dá-se muito mais por opção ideológica dos juízes, que se enxergam como instrumento do aparelho repressivo do Estado, nunca como instrumento de defesa de garantias individuais; esta carapuça algo policialesca leva, quase que automaticamente, à determinação de encarceramento daqueles que enfrentam “as misérias do processo penal”. Se esta hipótese estiver correta, como pode estar, os adereços tecnológicos seriam inócuos à diminuição das expedições de mandado de prisão.

Fato é que presunções, sensações e “achismos”, como o ora sob comentário, não devem amparar crítica jurídica, sob pena de, amanhã, por coerência, ter-se de admitir igual operação em hipótese que não convenha ao argüente.

Afastado o argumento de que a fiscalização remota diminuiria o número de presos, atente-se que a Constituição Federal não autoriza que ninguém permaneça preso, senão depois dalguma manifestação judicial breve (mesmo o preso em flagrante tem direito à verificação célere da legalidade da prisão imposta por autoridade policial); o encarcerado tem, sempre, de direito e de fato, sua liberdade coartada e a intimidade restringida a mais não poder; será que a violação remota à intimidade do cidadão, pelo controle autorizado e à distância, é mais vulnerante que as restrições impostas pelas masmorras?

Falo, agora, por mim, para não cair na antes criticada armadilha das presunções. Entre manter eventual “liberdade” de transitar intramuros prisionais, sem usar a pulseira, ou ter de me ver com adorno do tamanho dum aparelho celular no pulso ou perto de meu pé, autorizado a andar pelas ruas, sabendo-me vigiado e podendo responder por eventual desrespeito a limites impostos por decisão judicial, não me aparece dúvida: antes solto, com o penduricalho a me “enfeitar”, que preso, com o “direito” a andar pelo estabelecimento carcerário sem ser identificado, se é que isso na prática se verifica...

Dando forma de argumento jurídico a essa opinião, penso que, no balanço entre os danos à dignidade e à intimidade causa-

dos pelo encarceramento e a liberdade adornada por pulseiras ou tornozeleiras, com algum constrangimento pelo uso voluntário do dispositivo, não sobra maltrato à Constituição na adoção dos penduricalhos eletrônicos.

De outra sorte, parece-me evidentemente exagerada a equiparação do eventual uso das pulseirinhas e/ou tornozeleiras, às estrelas amarelas, na Alemanha nazista, utilizadas para indicar que o portador da insígnia infamante era judeu. Em terras paulistas, os portadores das geringonças seriam aqueles que se vêem sujeitos ao processo penal, com todas as garantias constitucionais a ele inerentes, tudo condicionado à aquiescência do indigitado, conforme se vê no art. 2º da referida lei estadual. Ademais, a qualquer momento, maior e capaz que é, optando pelo retorno às grades, o adornado poderá retratar-se, nos termos do § 1º do referido dispositivo, deixando de utilizar os incômodos braceletes.

Ora, é de mau gosto a lembrança da medida nazista, para argumentar contra a norma paulista, já que, em bandas teutônicas, tratava-se de medida compulsória e estigmatizante, imposta a pessoas em razão de sua “raça”, sem a observância do devido processo legal e das garantias a ele inerentes; aqui, fala-se de determinação judicial, colhida manifestação de vontade do principal interessado, que, ponderando ser muito mais degradante permanecer na masmorra a ser eventualmente identificado nas ruas como alguém que cumpre restrição judicial, faz opção por maior liberdade. Com o devido respeito àqueles que defendem a inconstitucionalidade, *ab ovo*, da idéia do monitoramento à distância por ser estigmatizante, parece melhor evitar o sofisma.

Mas a lei bandeirante é inconstitucional. É certo que a Constituição Federal estabelece atribuição legislativa concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal, em matéria de direito penitenciário (art. 24, nº I), competindo exclusivamente à União a atribuição legislativa em matéria penal e processual (art. 22, inc. I).

A Lei Estadual nº 12.906 foi, permita-se o adjetivo, traçocira, ao firmar, logo em seu art. 1º, que “regula a utilização da vigilância eletrônica para a fiscalização do cumprimento de condições fixadas em decisão judicial”, como se já houvesse a previsão, em lei federal, da “utilização da vigilância eletrônica para a fiscalização do cumprimento de condições fixadas em decisão judicial”. Norma federal desta estirpe, contudo, não existe.

Não trata a lei bandeirante, portanto, de regulamentação de instituto previsto em norma proveniente de Brasília, mas sim de criação de sistema novo, inédito, de fiscalização eletrônica, que impõe deveres — como o de receber visitas do servidor responsável pela vigilância eletrônica, de responder aos seus contatos e a cumprir suas orientações etc. (cf. incisos do art. 6º) —, cujos desatendimentos constituirão “falta grave”, acarretando “a revogação do livramento condicional, da saída temporária ou da prestação de trabalho externo” e/ou “o re-

colhimento em estabelecimento penal comum” (cf. seu art. 7º).

Todos estes são efeitos próprios de normas de Direito Processual e/ou Penal, que constituem matérias vedadas à disciplina de lei local, conforme, aliás, já firmou o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 87.788-SP (5ª Turma, rel. min. **Laurita Vaz**), em que se assentou a inconstitucionalidade de imposição de falta grave, com fundamento em lei estadual, por porte de celular em estabelecimento prisional.

Mister preservar a lealdade intelectual

e reconhecer que, no que se refere à utilização de dispositivo eletrônico para o controle de condições impostas a condenados e/ou a presos provisórios, legislou o Estado de São Paulo sobre matéria de exclusiva atribuição da União; por isso, a Lei Estadual nº 12.906/2008 é inconstitucional, o que não impede a disciplina por lei federal do uso de tecnologia na verificação de cumprimento de condições impostas a presos provisórios ou condenados.

Roberto Soares Garcia

Advogado criminal

TRANSAÇÃO, COISA JULGADA PENAL E CRIME AMBIENTAL

Fábio Tofic Simantob e Isadora Fingeremann

O instituto da transação penal, incorporado ao nosso ordenamento jurídico com a entrada em vigor da Lei nº 9.099/95, consiste na possibilidade de aplicação imediata de pena ao suposto autor do fato.

Tal instituto está calcado na idéia de que, na apuração de responsabilidade criminal de infrações menos graves, suportar as agruras do processo criminal seria, em si mesmo, desproporcional em relação ao menor potencial ofensivo do fato.

A doutrina, a nosso ver, mais acertada sobre o tema entende que a decisão que homologa o acordo de transação penal tem natureza de sentença penal condenatória.⁽¹⁾

Este mesmo entendimento foi inclusive adotado no julgamento do Recurso Especial nº 190.319/SP, no qual a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça proclamou que “(...) a natureza jurídica da sentença homologatória da transação penal é condenatória”, salientando, quanto aos efeitos da decisão homologatória que esta “encerra o procedimento e faz coisa julgada formal e material, impedindo novo questionamento sobre os mesmos fatos”.⁽²⁾

Em outra oportunidade, o STJ reafirmou esse entendimento, enunciando que “a sentença homologatória tem natureza condenatória e gera eficácia de coisa julgada material e formal, obstando a instauração de ação penal contra o autor do fato, se descumprido o acordo homologado”.⁽³⁾

Pelo fato de fazer coisa julgada, formal e material, este posicionamento do STJ tem levado grande parte da jurisprudência a entender inclusive que o descumprimento da pena imposta na transação penal não autoriza sequer o posterior oferecimento de denúncia e a consequente instauração de ação penal pelo mesmo fato.

Em outras palavras, caso o sujeito que transacionou com o Estado não cumpra a pena (condição, restrição, como se quiser entender) imposta no acordo homologa-

do, a única coisa que se pode fazer contra ele é acioná-lo nas instâncias devidas para que cumpra a obrigação de fazer assumida e não satisfeita.

Outra hipótese, porém, é a do acordo homologado, por equívoco, ou seja, fora das hipóteses legais, como, por exemplo, a proposta de transação formulada em crime que não a permite (v.g. com pena máxima superior a dois anos), ou a réu que não faz jus a ela (v.g. reincidente), ou quando não preenchidas condições específicas previstas (v.g. a prévia reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, prevista na Lei Ambiental).

A pergunta é: pode o juiz ou o promotor rever a presença dos requisitos objetivos (pena cominada) e subjetivos (não ter sido beneficiado com outra proposta nos últimos cinco anos, reparação do crime ambiental etc.), depois do acordo ter sido homologado, sem recurso de qualquer das partes, e após o integral cumprimento da obrigação imposta no acordo?

Ou seja, digamos que, após a homologação do acordo de transação penal, com a imposição de obrigação pecuniária ou outra restritiva de direitos, se descubra um acordo da mesma natureza celebrado em outro caso, menos de cinco anos antes, ou se perceba que a proposta foi oferecida, a despeito de não ter havido prévia reparação do dano ambiental, ambas as hipóteses que, a rigor, seriam óbice à concessão do benefício. Pode, neste caso, o Judiciário retroceder e exigir o cumprimento de nova condição ou, o que é pior, revogar o acordo, instaurando ação penal?

A resposta em ambas as situações deve ser, a nosso ver, contundentemente negativa.

Ora, se nem mesmo na hipótese de descumprimento do acordo celebrado nos moldes do artigo 76 da Lei nº 9.099/95 é admissível a futura instauração de ação penal — desconsiderando a coisa julgada

formal e material — tudo nos leva a concluir que o acordo homologado e integralmente cumprido, mesmo quando feito à revelia do que determina a lei, não pode mais ser revisto contra o réu.

É interessante notar como, especificamente no caso da transação penal em crime ambiental, diversamente do que previu o legislador para a suspensão condicional do processo, a reparação do dano não figura como uma das exigências para ser extinta a punibilidade ao término do período de prova, mas sim como condição prévia para a própria formulação da proposta de acordo.

Embora bastante tênue, esta distinção existente na lei ambiental gera efeitos bastante diferentes num e noutro benefício. Enquanto na suspensão, mesmo após a celebração do acordo, a punibilidade do agente só poderá ser extinta após a comprovada reparação do dano, na transação, esta questão mostra-se superada após a homologação do acordo, a menos que conste como uma das obrigações transacionadas.

Assim, homologada a transação, mesmo que, por equívoco, à revelia da exigência legal de prévia reparação do dano, a extinção da punibilidade fica condicionada apenas ao cumprimento da obrigação imposta no acordo, não podendo a Justiça Pública inovar nos termos anteriormente propostos, aceitos e homologados.

A este respeito, citando o renomado **Weber Martins Batista** (in *Juízados Especiais Criminais e Suspensão Condicional do Processo*, Rio: Forense, 1996, p. 331) já assentou o ministro **José Arnaldo da Fonseca** que “o engano cometido, se houver, não impede que a decisão transite em julgado em favor do autor do fato. De outro modo, a decisão homologatória da transação, a que se refere o § 4º, do art. 76, da Lei nº 9.099/95, não poria fim ao procedimento, como se pretende, não concorria para a celeridade e economia processual a que visa a lei, pois jamais transitaria em

... julgado. Entende o autor, portanto, que esgotados os recursos cabíveis da decisão que homologou a transação penal, ou ultrapassado o prazo da lei sem interposição dos mesmos (caso destes autos), aquela decisão não pode mais ser modificada. A não ser como evidente, para beneficiar o autor do fato, pois dela pode caber revisão criminal. Nunca, no entanto, em desfavor dele".⁽⁴⁾

Entender de outra forma seria solapar e amesquinhar a valiosa garantia individual de envergadura constitucional da coisa julgada, incontrastável com o interesse do Estado de responsabilizar quem quer que seja pelo suposto cometimento de infração, no caso, de menor potencial ofensivo.

E o que esclarece o desembargador federal **Paulo Afonso Brum Vaz**,⁽⁵⁾ ao pontificar que "afigura-se razoável concluir, diante dessa objetiva previsão, preponderar o direito individual de manutenção da coisa julgada, ante a opção — temerária, gize-se — de ver-

se restabelecido o direito de punir do Estado, como mecanismo apto a retificar um aspecto da jurisdição".

Continua o mesmo desembargador ressaltando que "seguir por diversa trilha implicaria materializar — nada obstante se esteja aferindo a eficácia de uma transação penal, insisto — uma revisão criminal em favor da sociedade".⁽⁶⁾

Com efeito, é inegável a sensação de **insegurança jurídica** que entendimento diverso acarretaria ao cidadão beneficiado pelo acordo de transação penal, caso um promotor resolvesse discordar do acordo celebrado pelo colega que o antecedeu ou até mesmo mudar de idéia acerca de seu próprio posicionamento anterior.

Como o processo penal, a sorte e a liberdade do cidadão não podem ficar a mercê das inconstâncias humanas, é preferível manter-se o erro, a profanar-se a lápide da coisa julgada.

NOTAS

- (1) Neste sentido: **KARAM, Maria Lúcia**. Juizados Especiais Criminais. A Concretização Antecipada do Poder de Punir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 98/99.
- (2) Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 190.319/SP, 5ª Turma, rel. min. **José Arnaldo da Fonseca**, j. em 20/04/99, DJ de 24/05/99.
- (3) Superior Tribunal de Justiça, HC nº 10.198/SP, 5ª Turma, rel. min. **Gilson Dipp**, j. em 02/2/99, DJ de 4/02/00.
- (4) Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 190.319/SP, 5ª Turma, rel. min. **José Arnaldo da Fonseca**, j. em 20/04/99, DJ de 24/05/99.
- (5) Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Recurso em Sentido Estrito nº 2005.71.13.003166-7/RS, 8ª Turma, rel. des. **Paulo Afonso Brum Vaz**, j. em 20/02/08, DE de 28/02/08.
- (6) *Idem*.

Fábio Tofic Simantob

Advogado criminal, diretor do Instituto de Defesa do Direito de Defesa

Isadora Fingermann

Advogada criminal, diretora do Instituto de Defesa do Direito de Defesa

NATUREZA TRIBUTÁRIA DO CRIME DE DESCAMINHO

Adriana Pazini de Barros

O elenco dos crimes contra a ordem tributária não se esgota no rol da Lei nº 8.137/90, sendo possível encontrar alguns tipos penais tributários também no Código Penal, que possuem em comum com os da lei especial mencionada, dentre outros caracteres, o bem jurídico tutelado (os Cofres Públicos e suas formas de arrecadação), o sujeito passivo (Administração Pública) e, na maioria das hipóteses, a circunstância de ser a fraude meio para a consecução de tais delitos. Tal assertiva importa no reconhecimento obrigatório de que as diversas exigências para configuração dos crimes previstos na Lei nº 8.137/90 também devem se verificar para a conformação dos demais delitos, que possuam a mesma natureza penal tributária que os da referida lei. É o que se vai, neste breve artigo, tentar demonstrar.

Numa perspectiva histórica, o artigo 334 do Código Penal, que define o contrabando e o descaminho, sofreu uma alteração desde sua edição, na década de 1940, pela Lei nº 4.729/65, que lhe incorporou algumas figuras típicas. Esta lei, por seu artigo 1º, introduziu, com esse *nomem juris*, no nosso sistema jurídico penal, os chamados crimes de sonegação fiscal. Indicando identidade inequívoca, contrabando, descaminho e crimes de sonegação fiscal foram tratados na mesma lei, no mesmo momento legislativo, num diploma que pretendia, em termos de prevenção geral, coibir a ausência ou diminuição de recolhimento de tributos devidos ao Erário.

Registre-se que a matéria de extinção de

punibilidade pelo pagamento do tributo devido, para crimes definidos na referida lei e para o artigo 334 do CP, veio regulada pelo Decreto-lei 157/67, que levou, inclusive, nossa Suprema Corte à edição da Súmula nº 560 — "a extinção da punibilidade, pelo pagamento do tributo devido, estendendo-se ao crime de contrabando ou descaminho, por força do art. 18, § 2º, do Decreto-lei 157/67" —, em que fica clara a classificação jurídica do crime de descaminho na categoria de crime tributário. Há muito, aliás, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, com apoio em parecer da Procuradoria-Geral da República, assentou que "é certo que todo descaminho importa em sonegação fiscal, mas nem toda sonegação fiscal é descaminho".⁽¹⁾

Consoante demonstra a melhor doutrina, em nada modifica a natureza de crime fiscal o fato de estar o crime de descaminho inserido, em nosso Código Penal, no capítulo dos crimes praticados por particular contra a Administração Pública,⁽²⁾ pois, à moda dos crimes contra a ordem tributária, no descaminho, "o sujeito passivo é o Estado, principal interessado na regularidade da importação e exportação de mercadorias e na cobrança dos direitos e impostos delas decorrentes";⁽³⁾ e o objeto jurídico tutelado é "fundamentalmente a salvaguarda dos interesses do erário público, seriamente prejudicado pela evasão de renda que resulta do descaminho".⁽⁴⁾ O crime de descaminho "pode ser qualificado como 'crimes fiscais' porque o objetivo do Estado é reprimir, pela via criminal, condutas que impliquem dei-

... xar de recolher aos cofres públicos os tributos devidos com a prática de algum ato jurídico",⁽⁵⁾ sendo certo que "a tutela penal da arrecadação tributária (ou do crédito tributário) não constitui tema novo entre nós. Tanto assim é que o Código Penal, instituído pelo Decreto-lei nº 2.848, de 7.12.1940, já previa diversos tipos penais em que a objetividade jurídica era justamente aquela. Exemplo disso está no crime de descaminho (art. 334), vigente até hoje".⁽⁶⁾

Ora, o tipo do art. 334 do CP é espécie de crime tributário, no qual se verificam todas as características do referido gênero, o que leva à conclusão de que é obrigatório reconhecer, como condição para a sua configuração, a presença de todos os requisitos previstos para a conformação do delito de sonegação, dentre eles, a constituição firme do crédito tributário, esgotadas todas as fases do procedimento administrativo fiscal,⁽⁷⁾ já que o elemento essencial dos crimes contra a ordem tributária é a supressão ou redução do tributo.

Repita-se: se com relação a crime de sonegação fiscal, que é espécie do gênero dos crimes contra a ordem tributária, é necessário, para certificar a materialidade do crime, a confirmação do débito tributário pela autoridade fiscal, não há razão para se dispensar tratamento diferente ao crime de descaminho, vez que, como já explicitado anteriormente, trata este também de delito fiscal, que possui em sua descrição típica a elementar relacionada à supressão ou diminuição de tributo.

A reforçar a tese da exigência de defini-

ção firme sobre a certeza do débito fiscal e de seu valor, destaque-se que os nossos próprios tribunais têm apontado para a necessidade do exaurimento da via administrativa antes do início da ação penal, nos casos de crime de descaminho, ao admitirem a aplicação do princípio da insignificância nesse tipo de delito, tendo em conta o pequeno valor do imposto incidente:⁽⁸⁾ se o princípio da insignificância exclui a tipicidade do fato imputado, e, no caso do descaminho, o valor do tributo devido é critério definidor de adequação material ao tipo, antes de falar-se em tipicidade, quando se trata do art. 334 do Código Penal, mister que se defina, à exemplo dos crimes trazidos pela Lei nº 8.137, de forma definitiva, se o imposto é devido e quanto se deve, o que só se dá, de modo conclusivo, com o encerramento da fase administrativa.

Esta parece ser a tendência de nossos tribunais: o E. Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já assentou que “*não há razão lógica para se tratar o crime de desca-*

minho de maneira distinta daquela dispensada aos crimes tributários em geral”⁽⁹⁾ e que “*(...) carece de justa causa a ação penal quanto aos crimes contra a ordem tributária ou de descaminho com ilusão de tributo, caso a denúncia não esteja lastreada em decisão administrativa conclusiva concernente à investigação de sonegação fiscal*”.⁽¹⁰⁾

Não resta dúvida de que, delito de natureza fiscal que é, para a conformação do crime definido no art. 334 do Código Penal há de se ter encerrada a fase administrativa de conformação do débito fiscal. Sem estar esta fase vencida, não se pode falar em crime de descaminho ou contrabando e, portanto, a ação penal instaurada aodadamentecarece de justa causa.

NOTAS

- (1) Cf. voto do ministro **Adauto Cardoso**, no RHC 48.271-DF, j. em 23.9.1970.
- (2) **ROSENTHAL, Sergio**. *A Extinção da Punibilidade pelo Pagamento do Tributo no Descaminho*, Nacional, 1999, p. 17.

- (3) **MIRABETE, Julio Fabbrini**. *Manual de Direito Penal*, 14ª ed., Atlas, vol. 3, p. 379.
- (4) **FRANCO, Alberto Silva**. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, 5ª ed., RT, vol. 2, p. 4035.
- (5) *Habeas corpus* impetrado pelo procurador da República **João Gilberto Gonçalves Filho**, perante a Justiça Federal de Taubaté, visando ao reconhecimento da atipicidade das atividades de “sacoleiros”. Disponível no endereço eletrônico: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/36183,1>.
- (6) Cf. **DELMANTO, Roberto**; **DELMANTO JÚNIOR, Roberto**; **DELMANTO, Fábio M. de Almeida**. *Leis Penais Especiais Comentadas*, Renovar, 2006, p. 241.
- (7) HC nº 89983/PR, 1ª T., rel. min. **Carmem Lúcia**, j. em 6.3.2007, p. no DJ em 30.3.2007, p. 76.
- (8) REsp. nº 828469/RS, 5ª T., rel. min. **Laurita Vaz**, j. em 27.2.2007, p. no DJ em 26.3.2007, p. 279.
- (9) HC nº 48805/SP, 6ª T., rel. min. **Maria Thereza Rocha de Assis Moura**, j. em 26.6.2007.
- (10) RHC nº 19.174/RJ, 6ª T., rel. min. **Jane Silva**, j. em 1º.2.2008.

Adriana Pazini de Barros

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), cursando pós-graduação em Direito Penal Econômico na Fundação Getúlio Vargas de São Paulo
– GVLaw e advogada criminal

ONDE ESTÁ A IGUALDADE? PEDERASTIA NO CPM

Mariana Barros Barreiras

Não, nem todos são iguais perante a lei. O Código Penal Militar é um paradigmático exemplo de lei em que o art. 5º da CF é menosprezado. Chega-se a essa conclusão com a leitura do seu preconceituoso art. 235, que dispõe ser crime o ato de praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, **homossexual ou não**, em lugar sujeito a administração militar. A esse delito o CPM atribui o nome **pederastia ou outro ato de libidinagem**. De acordo com o *Grande Dicionário Etimológico Prosódico da Língua Portuguesa de Silveira Bueno*, pederasta é aquele que mantém relações sexuais com indivíduos do mesmo sexo. A palavra pederastia deriva do grego *paiderastês*, de *pais*, *paidôs*, menino e *erastês*, amante. Designava, na antiguidade grega, a educação dos adolescentes do sexo masculino de famílias com boa posição social por parte de mestres. Ainda que essa educação não implicasse, automaticamente, a ocorrência de práticas sexuais, com frequência a relação de amizade entre mestre e educando cedia lugar para uma relação amorosa. Daí que pederastia tenha assumido o significado de atração sexual de um homem adulto por adolescentes do sexo masculino. Por extensão, a maioria dos dicionários da atualidade identifica pederastia com a homossexualidade masculina.

Voltemos ao art. 235 do CPM. O que se condena, com esse tipo penal, é a prática consensual de ato de libidinagem nas dependências militares. Note-se que a condu-

ta punida prescinde de violência, constrangimento, ameaça. O que se busca, portanto, é a manutenção da ordem nos quartéis, do chamado pundonor militar. O Código em vigor é de 1969. O anterior, de 1944, era, creia-se, bastante mais sensato. Afinal, punia igualmente a prática de ato libidinoso em local considerado militar, com o intuito de manter íntegras a disciplina e a hierarquia que sabidamente regem o militarismo. Mas a diferença entre a redação do CPM de 1944 e aquela do Código que está em vigor reside no fato de que o primeiro não mencionava a palavra **pederastia** e tampouco continha no seio da redação típica a expressão **homossexual ou não**. O Código atual é preconceituoso. Quer afastar toda atividade libidinososa dos locais sujeitos à administração militar, mas o faz mencionando expressa e intencionalmente as práticas **pederastas e homossexuais**, como a evidenciar a especial aversão do legislador aos homoafetivos. Resalte-se que as práticas homoafetivas femininas não são expressamente mencionadas, mas nem poderia ser diferente: com exceção da Polícia Militar do Estado de São Paulo, que passou a admitir mulheres a partir de 1955, a existência de policiais femininas só foi regulamentada para todo Brasil em 1977. E o ingresso de mulheres na carreira militar-naval em 1980 foi o evento pioneiro das Forças Armadas nesse sentido.

A Exposição de Motivos do Código de 1969 estampa com muita clareza o preconceito e bem demonstra que o que se objeti-

vava era, sobretudo, afastar, da vida militar, as práticas homossexuais. Assim é que, referindo-se à **pederastia**, o item 17 da Exposição de Motivos explica que a nova figura “*é a maneira de tornar mais severa a repressão contra o mal*”. Considerando que o delito já existia no diploma legal anterior e que a carga extra de severidade mencionada na Exposição de Motivos foi trazida pelo acréscimo das expressões “*pederastia*” e “*homossexual ou não*”, logo se percebe que, para o legislador, o mal a ser combatido são as condutas homoafetivas.

Ora, se os vocábulos acrescentados pelo CPM de 1969 apenas servem para demonstrar maior repúdio a atos libidinosos praticados por pessoas que têm parceiros do mesmo sexo, pode-se afirmar que esse diploma legal vai de encontro ao basilar princípio constitucional da igualdade. Mais de uma ADIN foi interposta no STF com o objetivo de modificar o texto legal. A ADIN 3299-2 teve o seu conhecimento negado pelo ministro **Carlos Velloso**, que explicou que, por ser o CPM anterior à CF, não há que se falar em inconstitucionalidade superveniente, mas sim em revogação da lei. Mas nesse caso específico, apenas a revogação expressa das expressões do art. 235 do CPM que ofendem o art. 3º, inc. IV e o art. 5º, ambos da CF, corrigiria o anacronismo e a antipatia da lei.

Este é, justamente, o objetivo do Projeto de Lei 2.773/00, do deputado Alceste de Almeida, do PMDB de Roraima. Um pro-

jeto de lei mais recente, de nº 6.871/2006, da deputada Laura Carneiro, do PFL do Rio de Janeiro, pretende, além de proceder às já elencadas supressões textuais, acrescentar um parágrafo único ao art. 235. O parágrafo excepcional a prática de ato libidinoso consensual praticado entre cônjuges ou unidos estavelmente em imóvel ou aposento sujeito à administração militar destinado e ocupado exclusivamente a título de residência permanente, moradia transitória ou hospedagem. Os dois projetos foram apensados e estão sujeitos à tramitação ordinária.

O legislador racional, de que fala **Tercio Sampaio Ferraz Jr.**, é, entre outras coisas, econômico — não usa palavras **supérfluas**, não é redundante — e operativo — todas suas normas e palavras são **úteis**.⁽¹⁾ Quando tentamos nos valer dessa construção dogmática do legislador racional para interpretar o art. 235 do CPM, chegamos à inafastável conclusão de que o legislador do CPM estava dotado de muitas das propriedades elencadas por **Santiago Nino** e retomadas por **Tercio Sampaio**, mas definitivamente não estava dotado de justiça: o legislador do CPM pode ser considerado singular, permanente, único, consciente, finalista, onisciente, onipotente, coerente, onicompreensivo, preciso, e, sem dúvidas, econômico e operativo.⁽²⁾ Afinal, as expres-

sões **pederastia** e **homossexual ou não** foram **úteis e necessárias** para mostrar o seu repúdio à presença de pessoas homoafetivas na atividade militar. Mas pela utilização mesma dos referidos vocábulos é que não pode ele ser considerado um legislador justo. Sabe-se que a construção dogmática do legislador racional não se confunde com o legislador real, mas é interessante a comparação dos atributos para que tenhamos idéia de quanto nossos legisladores se afastam daquilo que seria o ideal.

A vida em caserna costuma envolver intenso convívio entre as pessoas, no mais das vezes por longos períodos. Alega-se, então, que para o bom andamento da vida em dependências militares é necessária uma regulação apta a frear os impulsos e desejos sexuais, normais em qualquer indivíduo. Quanto a isso, pouca margem de discussão existe. Mas os desejos libidinosos estão presentes nas pessoas independentemente de suas preferências sexuais. Assim, se por um lado é bastante razoável que o legislador esteja preocupado com a disciplina nos quartéis e demais locais sujeitos à administração militar, é muito condenável que deixe o preconceito que permeia seu pensamento extravasar em forma de texto legal. A proibição do ato libidinoso homossexual está incluída na proibição mais genérica da prática de qualquer ato

libidinoso em local sujeito à administração militar. De fato, o CPM em vigor tem os traços do período em que foi confeccionado. Foi publicado em 21 de outubro de 1969, poucos meses após o derrame que atacou o general Costa e Silva. Uma Junta Militar composta por integrantes das três Forças Armadas governava o País. Repita-se: que se queira manter a disciplina na caserna é louvável. Que se queira alijar, do ambiente militar, as pessoas homoafetivas, é lastimável. Espera-se, pois, que os dois projetos de lei mencionados, que tramitam há anos, sejam aprovados, e esse ranço preconceituoso seja eliminado do texto legal. Afinal, enquanto nossos diplomas legais continuarem oferecendo confortável morada para demonstrações de discriminação, a igualdade perante a lei permanecerá como mero faz-de-conta. E se nem na lei há igualdade, onde encontrá-la então?

NOTAS

(1) **Ferraz Júnior, Tercio Sampaio.** *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1994, p. 280.

(2) *Idem*, pp. 280-281.

Mariana Barros Barreiras

Bacharel e mestranda em Direito Penal pela Universidade de São Paulo e agente de Promotoria do Ministério Público do Estado de São Paulo

A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NA AMÉRICA LATINA

Marcos Zilli e Maria Thereza Rocha de Assis Moura

A cidade de Viña del Mar, Chile, foi palco da VI Reunião do Grupo Latino-americano de Estudos sobre Direito Penal Internacional realizada entre os dias 1º e 3 de abril. O evento, que integra o Programa Estado de Direito para a América do Sul promovido pela Fundação Konrad Adenauer, foi marcado, neste ano, pelo exame comparativo da chamada *Justiça de Transição*. Para tanto, contou com a participação de estudiosos de onze países da América Latina,⁽¹⁾ além da valiosa contribuição dos representantes da Alemanha,⁽²⁾ Itália,⁽³⁾ Espanha⁽⁴⁾ e do Tribunal Penal Internacional,⁽⁵⁾ todos sob a coordenação científica dos professores **Kai Ambos**⁽⁶⁾ e **Ezequiel Malarino**.⁽⁷⁾

A *Justiça de Transição* é expressão de rara felicidade. Com efeito, ocupa-se ela das formas ortodoxas e heterodoxas de promoção da justiça em sociedades marcadas por graves conflitos sociais, políticos ou étnicos. Almeja superá-los mediante um processo de transição rumo à consolidação dos valores da democracia e do Estado de Direito.⁽⁸⁾ Supõe, portanto, um projeto de reconciliação que envolva os atores e os grupos conflituosos de modo a compatibilizar os ideais de justiça e de paz. Nessa linha, muitas das

vias adotadas não seguirão, necessariamente, o caminho clássico da persecução penal. Daí o recurso às comissões de verdade, ou mesmo à reparação patrimonial das vítimas e de seus familiares. A grande dificuldade, no entanto, é a de fixar os padrões e os limites jurídicos e éticos para a renúncia às vias persecutórias, até mesmo porque para a consciência comum são elas a justa retribuição aos males causados.

A questão é relevantíssima quando trazida para o continente latino-americano. Afinal, os países da região, em sua maioria, enfrentaram regimes autoritários e ditatoriais em um passado não muito distante. Se, por um lado, as soluções dadas são variáveis, por outro, a sensação de insatisfação, em alguns casos, remanesce, o que é indicativo de má condução do processo de transição e de reconciliação.

Nesse campo, a Argentina constitui exemplo bastante ilustrativo. Com efeito, com a superação do regime ditatorial, iniciou-se, desde logo, uma reação penal que, todavia, foi limitada aos quadros mais comprometidos com o plano repressivo-militar. Para tanto, o Congresso Nacional revogou a lei de auto-anistia promulgada ain-

da sob a égide do governo de exceção,⁽⁹⁾ afastando, assim, os entraves jurídicos às persecuções penais. Esta primeira fase, no entanto, foi sucedida por um período que tomou um sentido diametralmente oposto. Foi o momento da edição das Leis de Ponto Final (1986),⁽¹⁰⁾ da Obediência Devida⁽¹¹⁾ e dos indultos presidenciais (1988/1991). Pressões populares e internacionais levaram a uma terceira fase que ainda se encontra em curso. De fato, em 1995, foram instalados os juízos de verdade. Embora suas funções fossem eminentemente probatórias (e não punitivas), prestaram importante papel para a sustentabilidade das novas persecuções. Estas, aliás, somente foram possíveis com a consagração, pela Corte Suprema, da prevalência das normas internacionais de direitos humanos, o que levou à invalidação das chamadas “leis de impunidade” editadas na década anterior. As dimensões dos novos processos, é importante ressaltar, não estão imunes a críticas, especialmente quando confrontados com os ditames internacionais do devido processo. Com efeito, vários dos acusados, em sua grande maioria com idades muito avançadas, estão submetidos, há longos

anos, a prisão processuais sem que qualquer ilegalidade tenha sido reconhecida.

Também no Chile, a Lei de Anistia promulgada em 1978 foi alvo de questionamentos judiciais. A primeira decisão proferida pela Corte de Apelações de Santiago, em 1994, declarou-a inaplicável consagrando, para tanto, a superioridade das Convenções de Genebra sobre direito humanitário. A Corte Suprema em duas decisões distintas reforçou este posicionamento. Todavia, em agosto de 2005, quando do julgamento do caso Riosco y Cotal, reconheceu, novamente, a sua aplicabilidade. Paralelamente, diversas medidas administrativas e civis foram adotadas dirigidas à reconstrução histórica dos acontecimentos e à reparação dos danos. Foi o que levou à instalação das Comissões Nacionais de Verdade e Reconciliação (1990),⁽¹²⁾ de Reparação e de Reconciliação (1992)⁽¹³⁾ e mais recentemente sobre Prisão Política e Tortura (2003).⁽¹⁴⁾

Já o marco conflitivo no Peru, iniciado em 1980, perdurou até a primeira metade dos anos noventa e envolveu, de um lado, os grupos subversivos Sendero Luminoso e o Movimento Túpac Amaru e, do outro, as forças governamentais e os grupos paramilitares. Após o golpe de abril de 1992, Alberto Fujimori dá início a um governo autoritário pautado por detenções arbitrárias, desaparecimentos forçados, torturas e execuções sumárias. A apuração dos excessos praticados pelos dois lados constituiu o cerne da Comissão de Verdade e Reconciliação instalada em 2001,⁽¹⁵⁾ logo após o término abrupto daquele governo. O relatório final, com várias recomendações, foi crucial para a criação do Programa Integral de Reparação às vítimas do conflito. Por sua vez, a Lei de Anistia⁽¹⁶⁾ foi declarada inválida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no rumoroso caso Barrios Altos o que foi reputado fator decisivo para a deflagração da perseguição penal contra o ex-presidente Fujimori por delitos contra a humanidade e corrupção.

Em Bolívia, a busca pela responsabilização penal por conta da prática dos graves crimes cometidos durante os regimes autoritários resultou na condenação, em 1983, do ex-presidente García Meza,⁽¹⁷⁾ à pena de trinta anos de prisão, por vários crimes dentre os quais aquele que ficou conhecido como o *Massacre de la calle Harrington*.⁽¹⁸⁾ Capturado em São Paulo, foi extraditado pelo Brasil em 1995.⁽¹⁹⁾ Quanto às medidas alternativas, em 1982, a Comissão Nacional de Investigação de Desaparecidos já havia identificado pelo menos 155 casos ocorridos entre 1967 e 1982 quando foi dissolvida antes mesmo de elaborar o relatório final. No mais, somente em 2004 é que foi editada uma lei específica voltada à reparação das vítimas de violência política cometidas pelos governos inconstitucionais bolivianos.⁽²⁰⁾

Em El Salvador, uma guerra civil de doze anos (1980-1992) levou a um cenário de de-

sastre humanitário estimado em 70.000 vítimas. Foi o acordo de paz firmado em Chapultepec, México, em 1992, que permitiu, além da reconciliação nacional, uma mudança jurídica e institucional naquele país. Foi também em decorrência daquele acordo que foi instalada uma comissão de verdade que ficou incumbida de apurar os mais graves crimes. O informe final foi apresentado em março de 1993 após a investigação de mais de 22.000 denúncias. Igualmente relevante para a consolidação do processo de paz foram as medidas adotadas para o desarmamento e desmobilização das partes conflituosas, especialmente a guerrilha e os grupos paramilitares, além da depuração das próprias Forças Armadas com o afastamento daqueles mais comprometidos com os conflitos.

Mas, é sem dúvida em Colômbia que a Justiça de Transição assume contornos mais emblemáticos. Lá a superação não é do passado, mas sim, de um presente conflituoso e que é fonte de contínuas e de constantes violações aos valores mais caros à humanidade. As mais recentes tentativas de reconciliação nacional fundam-se na Lei de Justiça e Paz, editada em junho de 2005.⁽²¹⁾ Seus objetivos são ambiciosos. Com efeito, pretende estabelecer um procedimento que permita a reintegração social dos grupos armados responsáveis pela prática de graves crimes, sempre que seus integrantes contribuírem para a paz nacional. Daí a possibilidade de imposição de penas alternativas (variáveis de cinco a oito anos) ou mesmo a concessão de outros benefícios característicos de uma espécie de "Direito Penal Premial". Para tanto, são fixadas condições que vão desde a desmobilização individual, com a delação dos demais integrantes, até o desmantelamento coletivo do grupo com a entrega de armas e dos seqüestrados. Não há informações precisas quanto à efetividade das medidas implementadas, embora sobre elas pare uma intensa esperança social.

No Brasil, como se sabe, a perseguição penal dos crimes cometidos durante o regime militar pelas autoridades públicas restou inviabilizada. Em parte por força da Lei de Anistia promulgada em 1979 e sobre a qual poucas foram as discussões quanto à legalidade e à pertinência da conexão dada por seu artigo 1º.⁽²²⁾ Por outro lado, o contexto político nos anos que se seguiram ao término daquele regime não contribuiu para qualquer enfrentamento. Afinal, os militares sempre exerceram contínua influência sendo fundado o temor de um recrudescimento no processo de transição. Não obstante, a perspectiva de punição dos responsáveis jamais sensibilizou a opinião pública nacional. Afinal, os dez primeiros anos de restabelecimento democrático foram pautados pela necessidade de superação de uma crise econômica sem precedentes, posteriormente agravada pela crise política do *impeachment* de Fernando Co-

llor. De mais a mais, o apego a uma concepção tradicional de soberania por parte do STF sempre trouxe especiais dificuldades quanto ao reconhecimento da validade dos costumes e das normas internacionais de direitos humanos.

Somente a partir de 1995 é que foram desencadeadas as primeiras medidas alternativas à perseguição penal. A Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos instituída pela Lei 9.140, em mais de onze anos de atividade, reconheceu 221 casos de desaparecimentos forçados, além dos 136 que já tinham sido assim declarados pela própria lei que a instituiu.⁽²³⁾ Atualmente, seus trabalhos estão concentrados na construção de um banco de DNA, para a futura identificação de vítimas, assim como para a elaboração de um programa dirigido à localização de covas clandestinas. No campo reparatório, a MP 2.151/2001, posteriormente convertida na Lei 10.559/2002, regulamentou o art. 8º das Disposições Transitórias da Constituição da República, fixando, assim, os parâmetros para a reparação financeira às vítimas das perseguições políticas cometidas de setembro de 1946 até a promulgação da Constituição de 1988. Para além desta função, a Comissão de Anistia pretende implementar, ainda, medidas de cunho educacional que reforcem a importância dos valores democráticos bem como dos limites das atuações estatais.

Este sucinto quadro comparativo, se por um lado revela não ser a perseguição penal o único mecanismo possível para a sedimentação da paz em situações de transição democrática, não autoriza, por outro, o afastamento puro e simples das vias punitivas com a edição unilateral de leis consagradoras da impunidade. Afinal, não são elas condizentes com o atual estágio de amadurecimento atingido pela comunidade internacional. Somente em situações excepcionais, quando imprescindíveis para a consagração da paz, é que as anistias seriam pertinentes. Mas, mesmo aqui as vítimas não poderiam ser esquecidas. Daí a importância das reparações moral e financeira. E não só. Com efeito, mais importante do que tudo está o dever de formar um legado que possa ser absorvido pelas futuras gerações. Nessa perspectiva, o segredo e o desconhecimento quanto ao passado são profundamente nocivos para a formação de sociedades comprometidas com o ideal de liberdade. Daí a relevância do direito à verdade e à memória. Enfim, *o que não é assimilado pela História reaparece como sintoma*.⁽²⁴⁾

NOTAS

- (1) Argentina (Daniel Pastor), Bolívia (Elizabeth Santalla Vargas), Brasil (IBCCRIM - Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Marcos Zilli e Fabíola Ghidalevich), Chile (José Luis Guzmán Dalbora), Colômbia (Alejandro Aponte Cardona), El Salvador (Jaime Martínez Ventura), Equador (Salvador Herencia), México, Perú (Dino Carlos Caro Coria), Uruguai (Pablo Galain Palermo) e

- Venezuela (Juan Luis Modolell).
(2) Nils Meyer-Abich.
(3) Emanuela Fronza.
(4) Alicia Gil Gil.
(5) Hectór Olásolo.
(6) Universidade de Göttingen, Alemanha.
(7) Universidad de Buenos Aires, Argentina.
(8) AMBOS, Kai. *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*. Colômbia: Temis, 2008, p.1.
(9) A Lei 22.924 denominada de Lei de Pacificação Nacional, publicada em 27 de setembro de 1983 foi revogada em 22 de dezembro do mesmo ano pelo Congresso Nacional com a edição da Lei 23.040.
(10) Lei 23.492, publicada em 29 de dezembro de 1986.
(11) Lei 23.521, publicada em 9 de junho de 1987.
(12) Instituída com o objetivo de fixar um quadro mais completo sobre os crimes praticados e recomendar as medidas de reparação.
(13) Instalada pela Lei 19.123 de 08 de fevereiro de 1992 teve por objetivo fixar a reparação das vítimas e familiares.

- (14) Decreto 1.040 de 11 de novembro de 2003.
(15) Criada em 4 de junho tinha por objetivo esclarecer os fatos e identificar a responsabilidade pelos atos terroristas e pela violação dos direitos humanos praticados desde maio de 1980 até novembro de 2000.
(16) Lei 26.479 de 14 de junho de 1995.
(17) Presidente que assumiu o poder em 1980 através de um golpe de estado. Fechou o Congresso Nacional, determinou a censura total da imprensa.
(18) Morte de oito dirigentes políticos do Movimento de Esquerda Revolucionário que se reunia no dia 15 de janeiro de 1981 na Rua Harrington.
(19) Ext. 615/BO.
(20) Lei 2.640. Dentre as condutas taxativamente previstas como passíveis de reparação encontram-se: detenção e prisão arbitrária, tortura, exílio, lesões, homicídios cometidos na Bolívia ou no exterior por motivação política, desaparecimento forçado e perseguições penais por razões político-sindicais (art. 4º).
(21) Lei 975.
(22) É o que dispõe o parágrafo primeiro do art. 1º da Lei

- 6.683: consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.
(23) Ver, para tanto: *Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2007.
(24) Como anota Marco Antônio Rodrigues Barbosa, atual presidente da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos.

Marcos Zilli

Juiz de Direito e professor doutor de Processo Penal na Faculdade de Direito do Largo São Francisco - USP

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

Ministra do Superior Tribunal de Justiça e professora doutora de Processo Penal na Faculdade de Direito do Largo São Francisco - USP

UM CRIME PARA COMENTAR E UM SAMBA PARA DISTRAIR

Renato Campos Pinto De Vitto

É notável o fascínio que o tema da segurança pública exerce sobre as pessoas. **Chico Buarque**, um dos grandes cronistas de nossa vida cotidiana, já registrava o fato em 1971, alinhando um crime para comentar à piada no bar, ao futebol para aplaudir e ao samba para distrair, em *"Deus lhe pague"*.

De lá para cá, em 37 anos de história, assistimos a redemocratização do País e a promulgação de uma nova Constituição, que muito avançou no reconhecimento de direitos e garantias formais. No entanto, após a eleição de três Presidentes pelo voto direto, nos confrontamos com o diuturno desafio de elevar a democracia eleitoral brasileira para o patamar de uma democracia de cidadãos.

Esse amadurecimento democrático, para além do processo eleitoral, reclama o resgate da credibilidade do Estado, com o fortalecimento e aperfeiçoamento das instituições públicas, a afirmação dos direitos humanos, a ampliação do acesso à justiça e a intransigente defesa da liberdade de imprensa, dentre tantas outras medidas.

A permanente discussão sobre os contornos das políticas de segurança pública, que deve constituir um dos grandes pilares do Estado, e representa das mais significativas demandas da população brasileira, se insere nesse contexto. As políticas tradicionais de segurança, que, via de regra, têm se resumido ao investimento dos recursos no aparelhamento material das polícias, não têm se mostrado eficazes e justas, e merecem uma séria reavaliação. Evidente que a estruturação material e de recursos humanos nas polícias é imprescindível, mas certamente não exaure a construção de uma política de segurança adequada.

O planejamento de tal política pública, bem como seu monitoramento e avaliação, requerem a construção de um sistema estatístico nacional, com indicadores desen-

volvidos de forma participativa e transparente, de molde a propiciar a otimização dos limitados recursos públicos que devem fazer frente a tantas demandas num país de tantas desigualdades.

A ampliação e contextualização do debate, com a decisiva participação dos veículos de comunicação também é medida que se impõe. A imediatidade e abrangência das notícias propiciada pelo fenômeno da globalização e pelos incríveis avanços tecnológicos verificados no campo da comunicação trazem como consequência uma redobrada responsabilidade dos órgãos de imprensa no tocante à cobertura jornalística nas áreas de justiça e segurança pública.

Assistimos recentemente, com muita apreensão, a cobertura jornalística do caso Isabela. Por semanas a fio, os principais veículos de comunicação do País rechearam suas páginas e seus minutos com matérias puramente sensacionalistas e invasivas à privacidade de pessoas que até então sequer haviam sido formalmente acusadas de um crime. O necessário sigilo das investigações foi vilipendiado e o picadeiro que se armou em torno do episódio foi diretamente responsável pelos atos de hostilidade que a turba perpetrava contra o casal que posteriormente foi denunciado pelo homicídio de Isabela. E a própria decretação da prisão dos denunciados parece vir escorada apenas e tão-somente no clamor social, que definitivamente não se confunde com o abalo à ordem pública alçado pela legislação processual penal como um dos requisitos da prisão preventiva.

O dever de informar, na sua real extensão, requer o correto enquadramento dos fatos em seu contexto, bem como o dimensionamento do impacto das medidas propostas para fazer frente ao fenômeno da criminalidade e da violência. Deste modo, a cobertura sensacionalista de eventos que não representam o padrão da criminalida-

de em nosso País ou mesmo nos centros urbanos é verdadeiro entrave para o amadurecimento do debate sobre as políticas de segurança pública.

Ressalve-se que a liberdade de imprensa há de ser defendida de forma intransigente, sob pena de nos remetermos aos períodos mais sombrios da história recente, mas tal princípio deve ser compatibilizado com a necessidade de reflexão e auto-regulação dos veículos de comunicação sobre o seu relevante papel no processo de consolidação da democracia.

A disseminação da cultura do medo, aliada à crise de credibilidade que vivenciam as instituições públicas, criam um espaço fértil para a proposição de soluções supostamente mágicas que demonstram baixa eficácia, geralmente relacionadas com a supressão de garantias historicamente consolidadas e com o endurecimento das penas. Assim, a discussão sobre o aperfeiçoamento das políticas públicas, sobre o papel do Estado e sobre as reais causas da violência e da criminalidade cedem espaço a um debate estéril e esvaziado que vê nos meios de coerção o único instrumento apto a reverter esse quadro de insegurança.

A pauta da construção e implementação de uma política de segurança contínua, responsável e que possa trazer resultados efetivos e concretos no combate à criminalidade insere-se no conteúdo do dever de informar, o que deve ser objeto de reflexão no meio jornalístico, sob pena do papel da imprensa, como um dos protagonistas na construção de uma verdadeira democracia de cidadãos, se limitar a fornecer à população um crime para comentar, como um samba para distrair.

Renato Campos Pinto De Vitto

Presidente da Comissão de Justiça e Segurança do IBCCRIM e defensor público em São Paulo

UM BREVE PANORAMA DA RECENTE PROPOSTA DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NO PROCEDIMENTO DO JÚRI

Reinaldo Daniel Moreira

O dia 14 de maio de 2008 foi marcado por significativas propostas de alteração na legislação penal brasileira. Nessa data, foram aprovados na Câmara dos Deputados projetos de lei claramente voltados para a expansão da intervenção penal, tais como: (a) o PL 1.288/07, prevendo a possibilidade de rastreamento eletrônico de condenado que estiver fora do estabelecimento prisional; (b) o PL 7.226/06, consagrando a extensão do seqüestro de bens imóveis, podendo alcançar, inclusive, bens registrados em nome e terceiros, ou mesclados com patrimônio legalmente constituído; (c) o PL 938/07, prevendo a consideração de cumprimento de medida sócio-educativa de internação para o agravamento na fixação da pena, quando o agente alcançou a maioria; (d) o PL 4.025/01, tipificando a conduta popularmente conhecida como “seqüestro relâmpago”, prevendo, ainda, o incremento do *quantum* da pena para o delito de extorsão, quando ocorrer restrição de liberdade do ofendido, ou do qual resulte lesão corporal grave ou morte; (e) o PL 7.024/06, que prevê a tipificação da entrada de celulares e similares em estabelecimentos prisionais; (f) o PL 4.850/05, que altera significativamente a disciplina dos crimes contra os costumes (título do Código Penal que passará a ser designado de “crimes contra a dignidade sexual”), introduzindo consideráveis alterações na distinção entre os delitos sexuais, além do incremento no *quantum* das penas.

Todos os Projetos de Lei acima listados, devido a alterações na Câmara dos Deputados, retornaram à apreciação do Senado Federal. Muitos deles, todavia, já despertaram as atenções da mídia, integrando a pauta dos noticiários e constituirão terreno fértil para o labor doutrinário e jurisprudencial. Contudo, há ainda dois outros projetos, que já foram encaminhados para a sanção presidencial. Trata-se do o Projeto de Lei 4.205/01, que altera o capítulo pertinente a provas no Código de Processo Penal e o PL 4.203/01, que introduziu alterações de relevo no procedimento bifásico do Tribunal do Júri. Os dois projetos de reforma são produto de propostas iniciais de comissão constituída pela Portaria 61 de 20 de janeiro 2000, do Ministério da Justiça, presidida pela professora **Ada Pellegrini Grinover**.⁽¹⁾ E, segundo noticiou o jornal *Folha de S.Paulo*, o Presidente da República já se manifestou no sentido de que irá sancionar, sem qualquer veto, ambos os projetos.⁽²⁾ No presente traba-

lho, serão feitos breves apontamentos acerca de algumas das alterações no rito bifásico do júri, nos termos do Projeto de Lei 4.203/01.

Um primeiro aspecto a ser considerado é a extinção do recurso de protesto por novo júri, disciplinado nos artigos 607 e 608, do Código de Processo Penal, cabível nos casos de condenação a pena privativa de liberdade, igual ou superior a vinte anos de reclusão, para um único crime, ou quando este patamar de pena for resultado de continuidade delitiva ou concurso formal de delitos.⁽³⁾ Tal mecanismo de impugnação não encontra correspondente no direito comparado, nem mesmo no Direito anglo-americano, cenário em que preponderaram os julgamentos populares. Segundo aponta a doutrina, a origem do recurso em nosso Direito remonta ao Código de Processo Penal de 1832. Sua previsão naquele diploma estava afeta a questões de índole humanitária, para as penas mais graves, ou seja, de morte, degredo e galés perpétuas, que eram legalmente previstas naquele contexto histórico. Com a abolição dessas penas, para segmento da doutrina, o recurso teria perdido seu sentido.⁽⁴⁾

Hélio Tornaghi há muito dizia que “*À meu ver, o único argumento aceitável, apenas aceitável, é o de que, dada a intensidade da pena (vinte ou mais anos de reclusão), não é mau, é até prudente, testar a decisão a mercê de novo julgamento. O protesto encontrava mais sólido fundamento no caso de condenação à morte, dada a irreparabilidade de eventual erro judiciário. Com a abolição dessa penal no Direito comum (isto é, não militar), o fundamento do protesto debilitou-se*”.⁽⁵⁾ Doravante, com a alteração, apenas caberá recurso de apelação para atacar o mérito das decisões dos jurados, quando estas se apresentem manifestamente contrária à prova dos autos.

No aspecto procedimental, o projeto consagra, na nova redação proposta para o art. 406 do Código de Processo Penal, a exigência de oportunização de defesa ao imputado antes mesmo do efetivo recebimento da denúncia, por escrito e no prazo de 10 dias. Trata-se da defesa preliminar, já presente em alguns ritos, como no caso de crimes funcionais (art. 514, CPP), no rito de julgamento dos crimes de competência originária dos tribunais e na Lei de Drogas (art. 55, da Lei 11.343/2006). A tendência das propostas de reforma em curso no Congresso Nacional é estender a defesa preliminar para todos os ritos no CPP, o que merece aplauso da doutrina, como medida salutar à ampla defesa.⁽⁶⁾

Apresentada a defesa preliminar, pela nova disciplina, será aberta vista ao Ministério Público ou ao querelante, no caso de ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública, em cinco dias, para se manifestar.

Na primeira fase do rito do Júri (*judicium accusationis*), em que se procede ao juízo de admissibilidade da acusação, o projeto promove uma simplificação procedimental. Segundo o projeto, a nova redação do art. 411 do CPP disporá que o juiz deve ordenar a realização das diligências requeridas pelas partes e providenciar para a inquirição das testemunhas, em 10 dias. Em seguida, realizar-se-á a audiência de instrução, na qual serão ouvidos a vítima, as testemunhas e os peritos, procedendo-se a eventuais acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas. No final da audiência, será interrogado o acusado acerca do fato. Esta sistemática se assemelha à disciplina do art. 81 da Lei 9.099/95, para o procedimento sumaríssimo, que também prevê o interrogatório no final da instrução, e é aplaudida, por setor da doutrina, apontada como medida de garantia da ampla defesa.⁽⁷⁾ Na seqüência, passa-se às alegações orais, pelo prazo de vinte minutos, prorrogáveis por mais dez, entre acusação e defesa, em relação a cada réu. Havendo assistente de acusação, o procurador do assistente terá a palavra após o Ministério Público. E, na própria audiência, ou em dez dias, será prolatada a decisão judicial. A nova disposição fixa o prazo de 90 dias para encerramento dessa fase de admissibilidade da acusação. No regimento atual, há pelo menos três audiências: uma para interrogatório, outra para oitiva de testemunhas de acusação e outra para testemunhas de defesa, em número de oito. A nova disciplina reflete uma tendência, já presente na Lei 11.343/2006, de concentração de toda a instrução e decisão em uma só audiência. O legislador optou por privilegiar a celeridade, abreviando o rito, o que certamente será alvo de críticas.

O projeto inova, ainda, na proposta de redação do art. 420, prevendo a possibilidade de intimação por edital da decisão de pronúncia do acusado solto que não for encontrado. Assim, não mais há a suspensão do curso do processo quando o denunciado não é encontrado para ser intimado da pronúncia, no caso de delito inafiançável, como prevêm atualmente os arts. 413 e 414, do CPP. Outra novidade

é a constante do art. 416, de cabimento de apelação, e não mais recurso em sentido estrito, de decisão de impronúncia ou absolvição sumária.

Em seguida, os autos serão remetidos ao juiz presidente do júri. Na segunda fase do rito escalonado do júri, a *judicium causae*, nota-se como alteração de relevo a supressão do libelo-crime acusatório. Com a alteração, a peça acusatória a ser levada a plenário é a própria denúncia. **Antônio Magalhães Gomes Filho** entende que a mudança é pertinente, uma vez que a imputação já deve estar perfeitamente delineada na denúncia, não se justificando sua reiteração no libelo, retirando-lhe a utilidade.⁽⁸⁾ A proposta prevê, no art. 422, após a pronúncia, a intimação da acusação e da defesa, no prazo de 5 dias, para apresentação do rol de testemunhas, em número de cinco, que irão depor em plenário, bem como para juntar documentos e requerer diligências. Os arts. 423 e 424, nos termos do projeto, passariam a dispor que o juiz que atua na fase preliminar (*judicium accusationis*) deve determinar as providências necessárias para sanar algum vício processual ou esclarecimento de fato relevante para a causa, e ainda fazer um sucinto relatório do processo, determinando sua inclusão na pauta da reunião do Tribunal do Júri. E este relatório seria entregue aos jurados no dia do julgamento, juntamente com cópias da decisão de pronúncia ou outra posterior, que tenha alterado a imputação (art. 472, parágrafo único). Com isso, modifica-se a atual sistemática, em que, pela vigente redação do art. 466 do CPP, o juiz presidente deve fazer um relatório do processo na sessão de julgamento. Tal relatório será, com a reforma, entregue, por escrito, ao jurado.

Outra modificação proposta é referente ao instituto do desaforamento. Além das hipóteses hoje em vigor, acrescenta o projeto que este pode ser determinado, também, em razão de comprovado excesso de serviço no juízo, ouvidos o juiz presidente e a parte contrária, se o julgamento não puder ser realizado em seis meses, a contar do trânsito em julgado da decisão de pronúncia. Assim, ficaria suprimida a hipótese da atual redação do art. 424, parágrafo único, do CPP, no sentido de que o desaforamento poderia ser requerido passado um ano do recebimento do libelo, se o julgamento ainda não tivesse sido realizado.

O projeto eleva o número de jurados sorteados para integrar cada sessão, de 21 para 25, na nova proposta de redação do art. 433. Acrescenta também ao rol de impedidos de funcionar como jurados no mesmo julgamento, além daqueles cons-

tantes do vigente art. 462, as pessoas que vivem em união estável (nova redação do art. 448, § 1º), previsão adequada à Constituição, que reconhece a união estável como entidade familiar. Também consagra o impedimento daqueles que já funcionaram no mesmo processo, ou que já tenha integrado o conselho de sentença que tenha julgado outro réu, em caso de concurso de pessoas, ou ainda tenha manifestado prévia disposição de condenar ou absolver o acusado (proposta de redação do art. 449).

Prescreve o projeto no art. 436 que a idade mínima para o serviço do júri é de 18 anos completos, e não mais 21 anos. A doutrina majoritária adere ao entendimento de que a redução da maioridade civil para 18 anos não modificou o CPP, continuando a exigir idade mínima de 21 anos para ser jurado. Com a nova redação, aos 18 anos já se pode ser jurado. Adequando a legislação aos ditames constitucionais, prevê no art. 438 que a recusa ao serviço do júri, motivada por convicção religiosa, filosófica ou política, implicará a obrigação de prestação de serviço alternativo. Apenas a não prestação de serviço alternativa é que implicará a perda de direitos políticos. A atual redação do art. 435, do CPP, prevê, inconstitucionalmente, que a simples recusa de prestar o serviço do júri importa a perda dos direitos políticos. Na verdade, a alteração já decorria da previsão constante do art. 5º VIII da Constituição Federal, vindo apenas a ser reafirmada pela legislação infraconstitucional. E ainda consigna o § 2º da nova redação do art. 438 que o juiz deve fixar o serviço alternativo “atendendo aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”.

Em plenário, dentre outros pontos relevantes, o projeto prevê, expressamente, que o uso de algemas será permitido apenas quando absolutamente necessário (nova dicção do art. 474, § 3º, CPP). Ressalta também que o não comparecimento do acusado solto não importará adiamento do julgamento, desde que regularmente intimado (art. 547). Contudo, dispõe que, se o acusado preso não for conduzido, o julgamento deve ser adiado para o primeiro dia desimpedido da mesma reunião do júri (projeto de redação para art. 457, § 2º). Com isso, acaba a proibição de julgamento sem a presença do acusado, em se tratando de crime inafiançável, constante do atual art. 451, do CCP. Prevê, ainda, a proposta de nova disciplina do rito do registro magnético da prova oral produzida em plenário, por gravação magnética, eletrônica, estenotípica ou outra técnica similar, com posterior degravação (proposta de nova redação do art. 475). Os debates orais também têm nova duração: uma hora e meia para acusação e igual período para a

defesa, acrescidos de mais uma hora para cada parte caso haja mais de um acusado, e uma hora para eventual réplica e tréplica, duplicados no caso de mais de um acusado (projeto de nova redação do art. 477).

Há, ainda, vedação expressa de referência perante os jurados à decisão de pronúncia ou à determinação do uso de algemas, ou ainda ao exercício do direito ao silêncio pelo acusado, como fatores a serem considerados em seu prejuízo ou benefício, sob pena de nulidade (nova redação do art. 478). Tal medida é salutar, a fim de que os jurados não sejam conduzidos a uma falsa percepção da realidade, dada a ausência de conhecimento técnico pelos mesmos. Caso contrário, poderiam, por exemplo, interpretar erroneamente uma decisão de pronúncia como afirmação de culpa do denunciado. Por fim, limita o projeto a possibilidade de pedido de leitura de peças em plenário pelas partes e jurados às provas colhidas por precatória, ou provas produzidas cautelarmente, antecipadamente ou ainda irrepetíveis (proposta de nova redação do art. 473, § 3º, do CPP).

A proposta de alteração legislativa ainda simplifica a quesitação. Reduzindo a complexidade da sistemática atual (vigente art. 484, CPP), que é causa de reconhecimento de nulidade de vários julgamentos por vícios na quesitação, no novo art. 483 os jurados seriam indagados acerca: I - Da materialidade do fato; II - Da autoria ou participação; III - se o acusado deve ser absolvido; IV - Se existe causa e diminuição de pena alegada pela defesa; V - Se existe qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecida na pronúncia ou em decisão posterior que admitiu a acusação. Na visão de Antônio Magalhães Gomes Filho, a questão poderia ter sido simplificada ainda mais, reduzindo-se a perguntar aos jurados, apenas, se o réu deve ser condenado ou absolvido, na linha do Direito anglo-americano (*guilty or not guilty*, ou seja, o veredicto dos jurados se limita a decidir se o acusado é culpado ou inocente). As demais questões, referentes a causas de diminuição aumento de pena e presença de qualificadora, por serem de natureza técnica e influírem na aplicação da pena, deveriam ser transferidas à competência do juiz presidente.⁽⁹⁾

NOTAS

- (1) Vide, mais detidamente, em: **GRINOVER, Ada Pellegrini**. “A Reforma do Processo Penal”. In: **WUNDERLICH, Alexandre** (org.). *Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 01-13.
- (2) **SCOLESE, Eduardo; CABRAL, Maria Clara**. “Lula vai sancionar projeto que limita 2º júri”. *Folha de S.Paulo*, Caderno Cotidiano, p. 4, sexta-feira, 16 de maio de 2008.

- (3) **MARQUES, José Frederico.** *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 04. 2. ed. Campinas: Millenium, 2000, p. 353.
- (4) **GOMES FILHO, Antonio Magalhães.** "Júri: projetos de reforma". In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 58, jan./fev. 2006, pp. 286-287;
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al.** *Recursos no Processo Penal*. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 239.
- (5) **TORNAGHI, Hélio.** *Curso de Processo Penal*. v. 02. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 347.
- (6) **LOPES JR., Aury.** *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 171-173.
- (7) Nesse sentido: **JARDIM, Afrânio Silva.** "Juizados Especiais Criminais (Lei 9099/95)". In: *Direito Processual Penal: Estudos e Pareceres*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 366.
- (8) **GOMES FILHO, Antonio Magalhães.** *Op. cit.*, pp. 282-283.

- (9) **GOMES FILHO, Antonio Magalhães.** *Op. cit.*, p. 285.

Reinaldo Daniel Moreira

Advogado, professor de Direito Processual Penal na pós-graduação em Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, professor de Direito Processual Penal e Direito Penal na Faculdade Metodista Granbery, de Juiz de Fora e mestrando em Direito Público na UERJ

DEFESA PRÉVIA. INÍCIO DA CONTAGEM DE PRAZO. INTELIGÊNCIA DA CARTA CIDADÃ E DA LEI 10.792/2003

Luís Guilherme Vieira

Entre as inovações introduzidas pela Lei 10.792/2003 (inclusive o odioso e inconstitucional Regime Disciplinar Diferenciado, ou, no verbo de **René Ariel Dotti**, o *Regime da Desesperança*) está o contraditório no interrogatório do réu, que, antes tido como exclusividade do juiz, passou a ser um verdadeiro ato defensivo (reconhece-se que significativas doutrina e jurisprudência já o rotulavam de defensivo, mas ele era *meio-defensivo*, poder-se-ia dizer), permitindo, às partes, formular, aos interrogandos, as perguntas consideradas imprescindíveis ao pleno exercício da ampla defesa (art. 188, CPP).

Com efeito, quando o citado artigo, com a nova redação que lhe foi emprestada, se refere às partes, é inconteste que o legislador ordinário tinha em mente todas as partes do processo, sem exceção, e não apenas, como vêm pensando alguns (poucos) membros do Judiciário e do *Parquet*, à defesa técnica do réu que está sendo submetido a interrogatório e ao representante do Ministério Público, motivo pelo qual todos devem ser intimados a comparecer à audiência, sob pena de nulidade (art. 564, inc. IV, CPP), conforme ressalta **Roberto Delmanto**.⁽¹⁾

Deu-se, portanto, ao interrogatório uma interpretação em consonância com a Constituição da República e, claro está, com a preservação das garantias nela previstas, com especial destaque para os princípios que norteiam o contraditório, a ampla defesa e o devido processo penal.

Neste fio de pensamento, tem-se que o interrogatório judicial do réu está a merecer redobrada atenção por parte de todos, porque o rumo do processo criminal pode vir a ser comprometido de forma indelével com as perguntas formuladas pelo juiz e pelo órgão acusador, público ou privado, e principalmente com as eventuais respostas deste ou daquele interrogando ouvido a *posteriori*. Tais interrogatórios podem refletir, direta ou indiretamente, na defesa daqueles que tiverem, pouco importando a razão — pode até ser circunstancial, como se vê com frequência na messe forense, por ter constado, aleatoriamente, na denúncia, como o último dos denunciados —, sido inquiridos em primeiro lugar.

Em processos criminais nos quais múltiplos são os acusados, com interrogatórios designados para datas as mais diversas e fracionados, única e exclusivamente, em homenagem à boa e regular marcha processual, para que ocorram em dias e horários diferentes (isto sem falar naqueles que são ouvidos por intermédio de cartas precatórias ou rogatórias), a defesa prévia, peça das mais importantes para a defesa, ganhou contorno de relevo ímpar, porque um denunciado inquirido em segundo lugar poderá trazer, em sua fala, fatos que podem influir, sobretudo, nas diligências ou no rol de testemunhas daqueles outros que foram ouvidos em primeiro, principalmente se se pensar que esta é a única oportunidade de se postular a produção dessas provas.

Em resumo, o réu que for inquirido, pelo juízo, num primeiro instante, já terá ofertado suas alegações preliminares e, quando se considera, como vem sendo considerado, que o prazo para a sua defesa prévia passa a vigor nos três dias subsequentes ao seu interrogatório (art. 395, do CPP), sua defesa será prejudicada de forma indelével, porque não poderá, já que preclusa a oportunidade, arrolar esta ou aquela testemunha, requerer esta ou aquela diligência, apresentar esta ou aquela exceção que teriam, ao seu descortínio, o condão de clarificar/extirpar determinados pontos controvertidos que somente vieram ter aos autos por intermédio do termo de interrogatório de co-réu ou partícipe inquirido em data posterior.⁽²⁾ Ademais, não se deve desconsiderar, também, a malfadada (e também inconstitucional) delação premiada (ou, como prefere, com acerto, **José Carlos Dias**, *extorsão premiada*), muito em voga em tempos que, por vezes, lembram um Estado não-Democrático de Direito.

Decerto, os que por último forem interrogados e, conseqüentemente, por último oferecerem suas alegações preliminares, terão uma inquestionável vantagem sobre aqueles que já as tiverem apresentado, no que se revelaria, como se revela, uma gritante afronta ao princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, CR), mola consti-

tucional que garante, aos atores de processo, o princípio que se convencionou denominar paridade de armas.

A forma de afastar esta balda, à luz da Carta Cidadã e da novel legislação extravagante é a determinação de que os prazos para oferecimento das defesas prévias somente passem a vigor após a realização do último interrogatório judicial (lembre-se que o processo, enquanto não esgotada esta etapa, estará paralisado; portanto, qualquer prejuízo às partes e ao regular andamento do processo não advirá com a adoção desta postura garantista), no que teria, *in casu*, perfeita cabida a aplicação analógica (art. 3º do CPP) do disposto no art. 241, inciso III, do CPC, na redação que lhe foi dada pela Lei 8.710/1993, a qual dispõe, em síntese apertada, que, no caso de processo com multiplicidade de réus, o prazo para contestação inicia-se após a juntada do último aviso de recebimento ou mandado citatório cumprido.

Mutatis mutandis, em respeito às garantias fundamentais e ao espírito do legislador ordinário, o prazo para a apresentação das preliminares alegações, em tempos hodiernos, há de começar a fluir, tão-só, após a realização do interrogatório do último réu — se este tiver sido inquirido por carta precatória ou por carta rogatória, somente após a juntada da última deprecata —, devendo o juiz, depois disto, intimar as partes, para que tenham ciência de que devem, querendo, praticar ato processual de relevo inquestionável.

NOTAS

- (1) **DELMANTO, Roberto.** *BIBCCRIM*, ano 15, n. 183, p. 19, fevereiro, 2008.
- (2) Maior o número de acusados, maior a necessidade de se apresentar a defesa prévia após o derradeiro interrogatório, v.g., **Luigi Ferraioli** (*Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 661), que, ao tratar do direito penal de exceção, pontua a problemática dos *maxiprocessos*, do *gigantismo processual* e sua capacidade de neutralizar possibilidades materiais de defesa.

Luís Guilherme Vieira

Advogado criminal, conselheiro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e da **IBCCRIM** e diretor do Instituto de Defesa do Direito de Defesa

A CONDUÇÃO COERCITIVA PARA O ATO DO INTERROGATÓRIO DO ACUSADO PRESO E O CONSTITUCIONAL DIREITO DA DEFESA PESSOAL NEGATIVA

José Francisco de Fyschinger e Rodrigo Oliveira de Camargo

Questão que, por extrema relevância jurídica, deve ser observada pelos operadores do Direito diz respeito à garantia do acusado que se encontra preso de exercer seu direito de defesa pessoal negativa sem que, para tanto, seja conduzido ao local da audiência de interrogatório e, conseqüentemente, seja submetido às formas de tratamentos concernentes à condução ao local de realização da audiência.

A obrigatoriedade de comparecimento na audiência de interrogatório já vem sendo, mesmo que sem a devida veemência, combatida, para que o ato se transforme em ato facultativo, uma vez que, cientes da legislação vigente, ou por orientação da defesa técnica, comparecem os réus perante o juiz sabedores do seu direito ao silêncio, sem que se pronunciem sobre os fatos pelos quais estão sendo acusados.

A discussão proposta diz respeito à abrangência do referido direito, o que se permite vislumbrar traçando-se um paralelo com a condição do acusado que se encontra em liberdade.

No processo penal, embora possua qualquer imputado os direitos de presença e de audiência, não está ele obrigado ao comparecimento a qualquer ato do processo, podendo, no curso da instrução, eventualmente, ser penalizado com a revelia, que tem significado muito mais restrito do que aquele vislumbrado na jurisdição cível. A revelia, na esfera penal, limita-se a desobrigar o juiz de intimar o acusado dos novos atos processuais, partindo do pressuposto de que sua ausência — a causadora da revelia — constitui uma opção pessoal, adotada livremente pelo réu no plexo de suas faculdades e prerrogativas. Veja-se, para confirmar o aduzido, que o Código de Processo Penal não estabelece, tão-somente pelo exercício da prerrogativa do réu solto de não comparecer a determinado ato, qualquer espécie de sanção diferente da revelia, chegando a afirmar, no art. 261, que *“nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”*. É bem verdade que, eventualmente, para garantia da instrução criminal ou da aplicação da lei penal, possa o acusado ser preso em condição cautelar, mas a providência, decidida pelo juiz, nenhuma relação guarda com a opção pelo não-comparecimento. Raciocínio contrário levaria a uma teratológica situação em que a todo decreto de revelia, em processo penal, corresponderia, igualmente, a expedição de um

mandado de prisão, quando se sabe que isso não acontece, ou muito menos deveria acontecer.

O direito do acusado solto de não comparecer aos atos processuais é, sem dúvida nenhuma, uma conseqüência natural da materialização dos direitos ao silêncio e de não produzir prova contra si mesmo. Assim, pode qualquer acusado no processo penal entender que, para si, é mais adequado o não-comparecimento, sem que, é importante repisar, essa estratégia implique qualquer gravame de tratamento.

Por qual razão, indaga-se, não haveria de poder exercer a mesma faculdade, invocando as garantias constitucionais, o réu preso? Só porque está preso?

Poder-se-ia contra-argumentar que o juiz pode determinar que o acusado seja levado à sua presença para ser qualificado e expressar, diretamente, o seu desejo de permanecer calado, se assim melhor entender. Todavia, duas são as razões que refutam tal contexto, sob a ótica de direitos garantidos constitucionalmente.

Em primeiro lugar, caso seja o acusado preso conhecido e esteja devidamente qualificado, optando por não comparecer ao ato da audiência, valendo-se do seu direito ao silêncio, não pode a autoridade judicial adotar qualquer medida coercitiva que implique comparecimento à sua presença.

Por outro lado, e o que empresta maior força ao que se afirma, optando o acusado pelo direito ao silêncio, e estando ele assistido por defensor constituído, esvazia-se a necessidade do comparecimento para que seja cientificado do inteiro teor da acusação e informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas, conforme a redação dada ao artigo 186 do CPP.

Isto porque, no ato da citação, e devidamente assistido por seu defensor, o acusado já toma ciência da acusação que contra

ele foi formulada, cientificando-se pela própria formalidade legal do ato citatório (recebendo cópia da denúncia) e tomando conhecimento, através de seu advogado, do direito de permanecer calado — o que, inclusive, gera a opção pelo não-comparecimento à audiência.

O direito de não comparecer reside em garantia constitucional, à qual se combina tratado internacional ao qual aderiu o Brasil através do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, que promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), havida em 22 de novembro de 1969.

A Constituição Federal incorpo-

rou no rol das garantias individuais, alcançando-o à condição de prerrogativa pétrea de qualquer acusado em processo criminal, o direito ao silêncio, como se verifica da leitura do inciso LXIII do art. 5º. Portanto, deve o interrogatório ser tido como ato de defesa, em que se dá a oportunidade ao acusado para que promova sua defesa pessoal e, em conseqüência disso, como assevera **Aury Lopes Júnior**,⁽¹⁾ deve ser considerado como um direito, e não como um dever.

O fato de estar o imputado e/ou investigado recolhido ao cárcere em nenhuma hipótese retira-lhe a faculdade de escolher se vai ou não comparecer a tal ou qual ato. A condição de preso, como é sabido, não limita as opções do acusado para além da privação da liberdade, impondo-se ao Poder Judiciário reconhecer-lhe todos os direitos não balizados pela prisão. Não há o menor sentido em conferir-se ao preso direitos menos abrangentes, ou menores — ressalvada a questão da provisória privação de liberdade — que os do imputado que se encontra em liberdade.

Por outro lado, o parágrafo primeiro do artigo 185 do CPP, a partir da edição da Lei 10.792/2003, estabelece que, via de regra, o interrogatório do acusado preso será feito no estabelecimento prisional em que se encontrar, em sala própria, estabelecendo,

Em observância ao princípio *nemo tenetur se detegere*, não se pode submeter o acusado preso a uma intervenção, mesmo que da natureza do deslocamento para o local de audiência, sem o seu prévio consentimento. Em outras palavras, não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico, ou até mesmo corporal, por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório.

logo após, em regime de exceção, a possibilidade de deslocamento do preso para o ato quando não estejam garantidas a segurança do juiz e auxiliares, a presença do defensor e a publicidade do ato. Inexistindo a segurança, o interrogatório será feito nos termos do Código de Processo Penal. Observe-se, ainda, que tal decisão deve ser logicamente fundamentada, obedecendo ao que estabelece o artigo 93, X da Constituição Federal, declinando o magistrado as razões pelas quais não poderá o ato ser realizado no estabelecimento prisional.

Portanto, é direito irretorquível de qualquer acusado, mesmo estando ele preso, não comparecer ao ato do interrogatório, em razão de todas as privações que ele significa, adiante comentadas. Antes disso, porém, o que invoca é um direito de estatura constitucional: o de silenciar. Ora, se o imputado tem direito a permanecer calado, qual é a razão de ser levado à frente da autoridade, submetendo-se a um conjunto de procedimentos inúteis, causadores de estigmatização, sofrimento físico e espiritual?

Em observância ao princípio *nemo tenetur se detegere*, não se pode submeter o acusado preso a uma intervenção, mesmo que da natureza do deslocamento para o local de audiência, sem o seu prévio consentimento. Em outras palavras, não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico, ou até mesmo corporal, por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório.⁽²⁾

Não se pode olvidar que, mais do que nunca, se encontra o acusado abrangido pela garantia constitucional da inocência e que o ônus de provar pensamento contrário recai integralmente sobre o acusador. O direito de defesa pessoal negativa é, neste contexto, ilimitado, o que lhe concede a garantia de não colaborar, de forma alguma, com a acusação e, em consequência disso, não submeter-se aos martírios por que passa o preso quando submetido a solenidades inúteis como a do interrogatório, quando opta-se pelo direito ao silêncio: às seis horas da manhã é jogado em uma cela com inúmeros outros presos, sem direito a café da manhã. Passa o dia sem refeições, em condições notoriamente insalubres, submetendo-se às conveniências de outros eventos com os quais não possui nenhuma relação. Permanece algemado, em uma prolongada cerimônia de degradação. Tudo isso para, humilhado, postar-se frente à autoridade para exercer um direito que lhe é assegurado sem

a necessidade de deslocamento, e o que é pior, para um único ato.

Neste sentido, conforme expressa **Guilherme de Souza Nucci**,⁽³⁾ é preciso abstrair, por completo, o silêncio do réu, caso o exerça, porque o processo penal deve ter instrumentos suficientes para comprovar a culpa do acusado, sem a menor necessidade de se valer do próprio interessado para compor o quadro probatório da acusação. Se o Estado ainda não atingiu meios determinantes para tanto, tornando imprescindível ouvir o réu para formar sua culpa, é porque se encontra em descompasso, que precisa ser concertado por outras vias, jamais podendo se exigir que a ineficiência dos órgãos acusatórios seja suprida pela defesa.

Nem se alegue a aplicação do art. 260 do CPP, que permite a condução do imputado à presença da autoridade. Em primeiro lugar, porque, face ao direito constitucional ao silêncio, que pode ser exercido a qualquer tempo pelo imputado, o dispositivo deve ser havido como não recepcionado pela ordem jurídica instituída a partir de 1988, face à incompatibilidade entre o arbítrio do Estado (e o uso da força) e a garantia referida; em segundo lugar porque, manifestado antecipadamente o direito de silenciar, e, portanto, de não comparecer, a solenidade que se pretende realizar é absolutamente despicenda, anti-econômica e abusiva.

Por tudo o que se verifica, e com o esteio na mais alta categoria normativa em vigor, o acusado tem todo o direito ao silêncio, e, como lógico corolário, a, exercendo-o, assegurar o direito de não produzir prova contra si (*nemo tenetur se detegere*).

NOTAS

- (1) **LOPES JÚNIOR, Aury.** *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista*. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 236.
- (2) **LOPES JÚNIOR, Aury.** *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista*. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 237.
- (3) **NUCCI, Guilherme de Souza.** *Código de Processo Penal Comentado*. 6ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 397.

José Francisco de Fyschinger

Advogado criminalista/RS, professor de Direito Processual Penal do Centro Universitário Ritter dos Reis (graduação e pós-graduação) e mestre em Ciências Criminais PUC/RS

Rodrigo Oliveira de Camargo

Advogado criminalista/RS

PARTICIPE POR ACREDITAR

14º SEMINÁRIO INTERNACIONAL

Confira, abaixo, alguns parceiros que já aderiram a colaboração do 14º Seminário Internacional do IBCCRIM!

Escritórios Colaboradores:

- Advocacia Mariz de Oliveira S/C (SP)
- Alexandre Wunderlich & Salo de Carvalho - Advocacia Criminal (RS)
- Almeida Castro Advogados Associados S/S (DF)
- Azevedo e Azevedo Advogados Associados (SP)
- Barandier Advogados Associados (RJ)
- Campos Costa, Turbay Freiria Advogados (DF)
- Caon & Advogados Associados (SC)
- Carlos Eduardo Machado & Advogados (RJ - DF)
- Daniel Gerber & José Henrique Salim Schmidt, Advocacia Criminal (RS - SP - DF)
- David Teixeira de Azevedo Advogados Associados (SP)
- Dias e Carvalho Filho Advogados (SP)
- Eduardo A.L. Ferrão e Paulo R. Baeta Neves Advogados Associados (DF)
- Escritório Professor René Dotti (PR)
- Gamil Föppel Advogados Associados (BA - PE)
- J. N. Miranda Coutinho & Advogados (PR)
- Joyce Roysen Advogados S/C (SP)
- Luis Guilherme Vieira Advogados Associados (RJ - DF)
- Malheiros Filho-Camargo Lima e Rahal Advogados (SP)
- Marcelo Leonardo Advogados Associados (MG)
- Maria Elizabeth Queijo e Eduardo M. Zynger Advogados (SP)
- Maronna, Stein e Mendes Advogados (SP)
- Martins & Salvia Advogados (SP - DF - PR - MG)
- Milaré Advogados - Consultoria em Meio Ambiente (SP)
- Moraes Pitombo Advogados (SP)
- Muylaert, Livingston e Kok Advogados (SP)
- Nilo Batista & Advogados Associados (RJ)
- Odilon Pereira de Souza Advogados Associados S/C (MG)
- Oliveira Lima, Hungria, Dall'Acqua e Furrier Advogados Associados (SP)
- Pinheiro Neto Advogados (SP - RJ - DF)
- Podval, Rizzo, Mandel, Antun, Indalecio e Advogados (SP - DF)
- Paschoal Advogados (SP)
- Rafael Braude Canterji Advocacia Criminal (RS)
- Ráo, Cavalcanti & Pacheco Advogados (SP)
- Rassi & Gomes Advogados Associados (DF - GO - PR)
- Reale e Moreira Porto Advogados Associados (SP)
- Rechulski e Ferraro, Advogados (SP)
- Thompson & Moraes Advogados (RJ)
- Toron, Torihara e Szafir Advogados S/C (SP)
- Vilardi e Advogados Associados (SP)
- Zanoide de Moraes Advogados Associados (SP)

Patrocínio:

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

BOVESPA
A Bolsa do Brasil

SÚMULA 347 DO STJ – FIM DA INCONSTITUCIONAL ESCOLHA ENTRE LIBERDADE E APELAÇÃO

Amalia Gomes Zappala

A sentença condenatória recorrível, como se depreende da leitura do art. 393 do CPP, tem como efeito imediato a manutenção ou a prisão do acusado condenado por infração inafiançável, ou afiançável enquanto não prestar a caução.

Por sua vez, o art. 594 do mesmo diploma, com a redação dada pela Lei nº 5.941 de 1973, inseriu no capítulo da apelação, dentre as exigências para a utilização do recurso em se tratando de sentença condenatória, a prisão do futuro recorrente. Excepcionou da exigência aquele que na sentença condenatória foi reconhecida a primariedade e os bons antecedentes, e aqueles cuja condenação é efeito da prática de crimes para os quais a lei não prevê pena privativa de liberdade ou, prevendo, não a estabelece em patamar superior a três meses.

Além da desarmonia causada ao sistema, estabelecendo hipóteses de recurso em liberdade em situações que o artigo 393 não exclui a prisão como efeito imediato da sentença condenatória, o artigo 594 misturou dois institutos totalmente independentes e que garantem interesses opostos: a prisão cautelar, como garantia da punição do autor do crime no interesse da sociedade; e o duplo grau de jurisdição, como garantia da ampla defesa do acusado.

Se o art. 594 do CPP estabelece como verdadeiro preparo do recurso o recolhimento do acusado à prisão nos casos em que a lei exige, o art. 595 vai além, estabelecendo a prisão, ou melhor, a permanência na prisão como requisito para o recebimento e conhecimento da apelação interposta.

Não se pretende discutir a prisão como efeito imediato da sentença condenatória recorrível, tampouco as exceções estabelecidas. Sendo prisão de natureza cautelar, é a sua necessidade que sempre deverá estar demonstrada, independente de condições de ordem objetiva ou subjetiva previamente estabelecidas.

Trata-se de, comentando a Súmula 347 do STJ, refletir sobre a prisão como condição de admissibilidade e conhecimento da apelação, sobre a necessária separação entre o recolhimento do acusado e o direito ao recurso, sobre o confronto entre a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição e a disposição da lei ordinária.

A Súmula nº 347 do STJ, estabelecendo que “o conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão”, vem consolidar posicionamento doutrinário e jurisprudencial no sentido da inaplicabilidade dos artigos do antigo CPP, que exigem a prisão como pressuposto da utilização e conhecimento da apelação, por estarem em desacordo com as garantias do devido processo legal estabelecidas na CF de 1988.⁽¹⁾

Precedente jurisprudencial significativo ocorreu em maio de 2007 quando a Primeira Turma do STF concedeu a ordem no HC nº 88.420, por unanimidade, seguindo o voto do relator ministro **Ricardo Lewandowski**, para que fosse recebida a apelação do condenado foragido, sem prejuízo do cumprimento da prisão preventiva contra ele decretada.

O voto do ministro relator partiu da afirmação do duplo grau de jurisdição como garantia constitucional expressa no art. 8º, II, “h” do Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992, e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por força do art. 5º, § 2º da CF. Reconheceu, então, o confronto entre dois preceitos legais: o duplo grau de jurisdição e o art. 594 do CPP. Concluiu pela supremacia da garantia constitucional do duplo grau de jurisdição em detrimento da lei processual anterior que, exigindo a prisão do apelante para a utilização do recurso, nas palavras do ministro, se não se considera revogada ao menos substancialmente mitigada.⁽²⁾

Da nova Súmula, aprovada pela Terceira Seção do STJ, em 23 de abril deste ano (nº 341), e que consolida entendimento já adotado pelas Quinta e Sexta Turmas da mesma Seção, se depreende:

1 – que o Judiciário vem patrocinar a necessária adaptação do CPP ao texto constitucional, reconhecendo a revogação indireta dos arts. 594 e 595 do CPP diante dos princípios e garantias que emanam do texto constitucional;

2 – que está consolidado o duplo grau de jurisdição como garantia constitucional decorrente da ratificação do Pacto de San José da Costa Rica — onde se encontra expressa a garantia no art. 8º, II, “h” — e de sua incorporação ao texto constitucional por força do § 2º do art. 5º da CF;

3 – que o direito do acusado de apelar da sentença condenatória não pode sofrer limitações por parte da lei ordinária, estando indiretamente revogados os dispositivos que estabelecem condições para o seu exercício;

4 – que a prisão como condição do conhecimento da apelação mistura institutos e interesses diversos que podem permanecer protegidos independente da limitação imposta;

5 – que a prisão deve ser decretada ou mantida quando provada sua necessidade. Exigir o recolhimento do acusado para o exercício do direito de apelar da decisão desfavorável equivale a dar à prisão imposta o caráter de antecipação de pena, o que foi afastado pelo art. 105 da lei de Execução Penal, e obrigá-lo a conformar-se com a decisão de primeiro grau, atribuindo-lhe

o caráter de infalibilidade e definitividade;

6 – que a prisão como condição do exercício do duplo grau de jurisdição compromete a própria garantia do devido processo legal. Fere a isonomia, a paridade entre a acusação e a defesa, na medida em que não há qualquer condição imposta à apelação pelo Ministério Público. Fere a ampla defesa, na medida em que torna definitiva a decisão de primeiro grau. Fere o princípio da presunção da inocência, pois exige o cumprimento do castigo antecipadamente, ou seja, para demonstrar a inocência o acusado tem que ser preso;

7 – que, em termos práticos, a inexigibilidade da prisão para o exercício da apelação evitará o excessivo número de revisões criminais que, por força da Súmula nº 393 do STF, não exigem o recolhimento do condenado à prisão. Importante salientar que nem sempre a revisão criminal era cabível pois o art. 621 do CPP limita as hipóteses de sua admissibilidade.

Por fim, para finalizar estes comentários, é importante salientar que a Súmula, ao reconhecer a separação entre o direito de apelar e a prisão do acusado, não está ferindo o interesse da sociedade em ver punido o autor do crime. Independente do recurso, poderá a prisão do acusado ser mantida ou decretada, desde que o magistrado, na sentença, demonstre a necessidade do encarceramento antes da condenação definitiva.

Necessidade que tem, justamente, caráter processual, como garantia do processo. Não é interesse da sociedade aplicar antecipadamente a pena, formular antecipado juízo de culpabilidade. O interesse da sociedade é punir o verdadeiro autor do crime. Para tanto, a lei deve possibilitar e não cercear os meios de defesa do acusado. Deve assegurar o seu exercício por meio das garantias do devido processo legal.

NOTAS

(1) Dentre os doutrinadores que se insurgiram contra a exigência da prisão e sua permanência para utilização e conhecimento da apelação, podemos citar: **TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal**. 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, vol. 4; **GRINOVER, MAGALHÃES e SCARANJE. Recursos no Processo Penal**. 4ª ed., São Paulo: RT, 2005; **JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal**. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002; **GOMES, Luiz Flávio. Direito de Apelar em Liberdade**. 2ª ed., São Paulo: RT, 1996.

(2) Informações sobre o julgamento do HC e o voto do relator obtidas no artigo de **GOMES, Luiz Flávio. Direito de Apelar em Liberdade**. Disponível em: <http://www.lfg.blog.br>. 02 maio.2007.

Amalia Gomes Zappala

Doutora em Processo Penal pela FADUSP e professora da Universidade São Judas Tadeu

PARTICIPE

POR ACREDITAR

MESA DE ESTUDOS E DEBATES

Data: 23 de junho de 2008

Horário: 09h30

Tema: “Crime Organizado e as fronteiras entre o legal e o ilegal na cidade de São Paulo”

Palestrante: Marcos César Alvarez (USP-IBCCRIM), Theodomiro Dias Neto (FGV-IBCCRIM) e Vera da Silva Telles (USP).

Local: Rua Onze de Agosto, 52, 2º andar

Inscrições: Gratuitas, através do site do IBCCRIM (www.ibccrim.org.br)

VAGAS LIMITADAS

Informações: Por telefone (11 3105-4607 - ramal 174) ou e-mail (mesas@ibccrim.org.br).

SEMINÁRIO: A CONSTRUÇÃO DA ORDEM PENAL INTERNACIONAL: AVANÇOS E PERSPECTIVAS

No dia 16 de junho de 2008 o IBCCRIM, em parceria com a Fundação Konrad Adenauer realizará o Seminário: *A Construção da Ordem Penal Internacional: Avanços e Perspectivas*.

Entre os professores convidados estão Sylvia Steiner (juíza do Tribunal Penal Internacional) e Ezequiel Malarino (Universidade de Buenos Aires, Argentina).

O evento será realizado na Faculdade de Direito – Largo São Francisco – Sala da Congregação – São Paulo – SP.

VAGAS LIMITADAS

COMO SE INSCREVER:

As inscrições já estão abertas e podem ser realizadas pela internet: www.ibccrim.org.br.

Mais informações podem ser obtidas por e-mail (curso@ibccrim.org.br).

“A CAPITALIZAÇÃO DO TEMPO SOCIAL NA PRISÃO: A REMIÇÃO NO CONTEXTO DAS LUTAS DE TEMPORALIZAÇÃO NA PENÁ PRIVATIVA DE LIBERDADE”

A monografia nº 46 já está definida. A obra, intitulada “*A Capitalização do Tempo Social na Prisão: A Remição no Contexto das Lutas de Temporalização na Pena Privativa de Liberdade*” é de autoria de Luiz Antonio Bogo Chies, professor adjunto da Universidade Católica de Pelotas (UCPel/RS) e responsável pela disciplina de Sociologia Jurídica. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino (Buenos Aires - Argentina), doutor em Sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), ele é membro do Grupo Interdisciplinar de Trabalho e Estudos Criminais -Penitenciários (GITEP/UCPel) e coordenador da pesquisa “*A prisão dentro da prisão: uma visão do encarceramento feminino na 5ª Região Penitenciária do Rio Grande do Sul*”.

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS Nº 72 – MAIO/ JUNHO DE 2008

Veja abaixo os títulos dos artigos selecionados para a Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 72 – Maio/Junho de 2008:

- *Controvérsias Ainda Pendentes Sobre a Teoria da Equivalência dos Antecedentes* - Filipe Schmidt Sarmento Fialdini.
- *As Revistas Jurídicas e o Debate Ideológico nos Anos 1937-1964* - Carlos Henrique Aguiar Serra.
- *Da Tentativa Impossível e do Erro Sobre o Nexo Causal* - Fábio Agne Fayet.
- *El Derecho Penal para las Sociedades Periféricas Americanas - Una Propuesta para América del Siglo XXI* – José Fernando Botero Bernal.
- *Administradores de Presídios: Na Corda Bamba dos Paradoxos Institucionais* - Luiz Antônio Bogo Chies.
- *Revelia e a Produção Antecipada da Prova Testemunhal no Processo Penal (Art. 366 do CPP)* - Vinicius de Toledo Piza Peluso.
- *La Fidelidad al Derecho como Categoría de la Culpabilidad* - Urs Kindhäuser.
- *Suspensión Condicional del Proceso a Cambio de Reparación: ¿Una Forma Anómala de Decretar el Sobreseimiento?* - Pablo Galain Palermo.
- *Tortura, História e Sociedade: Algumas Reflexões* – Marcos Cezar Alvarez.
- *A importância da Defensoria Pública em um Estado Democrático e Social de Direito* – Gustavo Augusto Soares dos Reis.

Entidades que assinam o Boletim:

■ AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas

■ 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

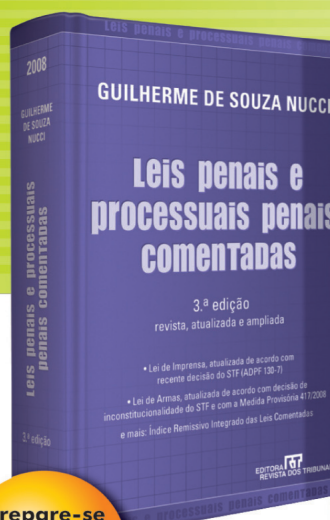
■ RIO GRANDE DO SUL

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

■ SÃO PAULO

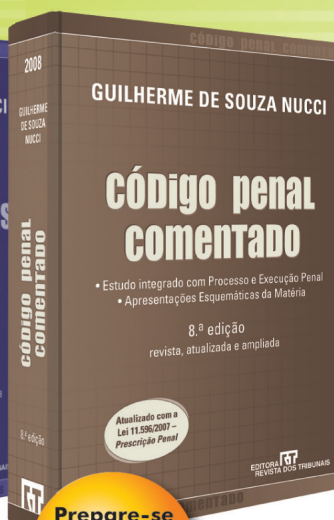
- Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo - ADPESP
- Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/SP

NUCCI EDIÇÕES 2008



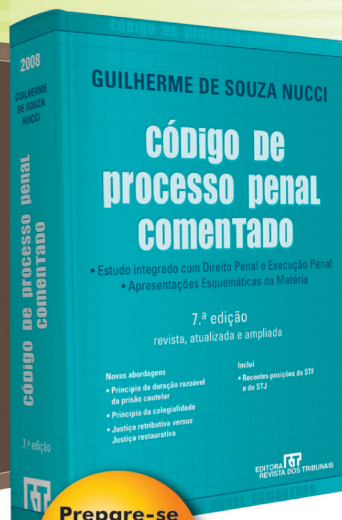
**Prepare-se
e leve para
o Exame da
OAB**

3.^a edição
1.182 páginas



**Prepare-se
e leve para
o Exame da
OAB**

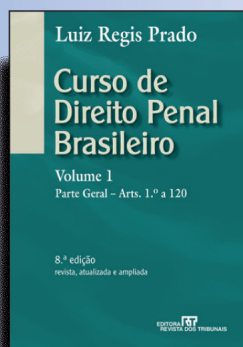
8.^a edição
1.264 páginas



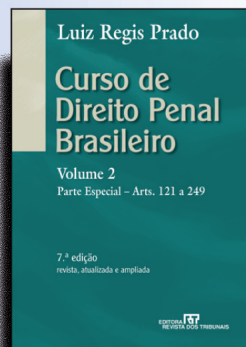
**Prepare-se
e leve para
o Exame da
OAB**

7.^a edição
1.200 páginas

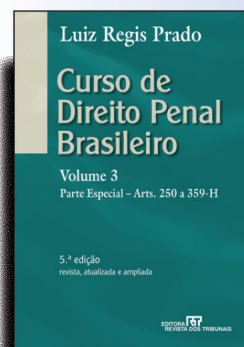
Conteúdo
revisado,
atualizado
e ampliado



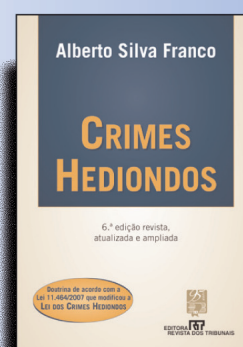
8.^a edição
702 páginas



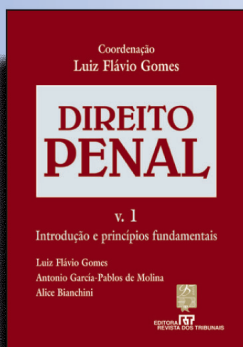
7.^a edição
800 páginas



5.^a edição
812 páginas



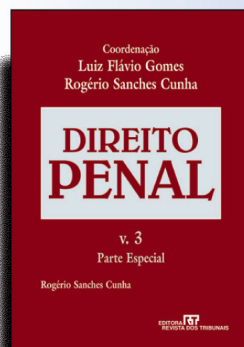
6.^a edição
606 páginas



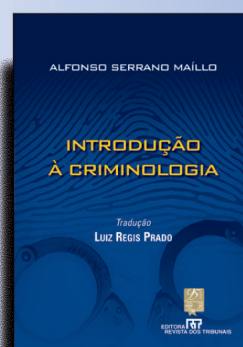
670 páginas



942 páginas



480 páginas



368 páginas

www.rt.com.br

EDITORA **RT**
REVISTA DOS TRIBUNAIS