

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL:

A LEP E A INDEPENDÊNCIA JUDICIAL

A Lei de Execução Penal impôs ao juiz de execução nada menos que o papel de agente transformador da prisão. Para isso, os reformadores de 1984 alicerçaram a jurisdicionalização: a rigor, nada mais que o corolário processual da idéia de legalidade, no universo da execução das penas. Em um país tomado pelo mais profundo arbítrio, um bom mecanismo contra esse cotidiano de ilegalismos nas prisões é o processo judicial, sua qualidade publicística, seu ambiente de defesa e contradição, e a presença de juízes isentos e afirmativos do direito.

Já se criticou o jeito utópico da reforma de 1984: aqueles juízes que o artigo 66 da LEP instituiu como o mastro principal dessas caravelas descobridoras, infelizmente, não existiam no país, senão por exceções. Afinal, as matrizes que moldaram outros setores do Estado — a longa tradição patrimonialista de nosso ser político; o reacionarismo dos dizeres de nossas ditaduras; enfim, todo esse anti-iluminismo que trazemos fundo desde a Colônia — contaminaram, severamente, um Judiciário erguido à sombra do totalitarismo do poder, subserviente a ele, condescendente com ele e reproduzidor dele.

Mas, também a legalidade é, para um povo, um pouco como o fenômeno da própria vida: nasce de sua adversidade e, pelo esforço, brota ainda mais forte. Ninguém jamais entenderá a LEP e sua importância se não entender precisamente isso: ela não realizou as reformas que desenhava, mas trouxe, no entanto, uma nova cultura de legalidade na execução penal. Trouxe, enfim, confrontações importantes, ainda por dimensionar. Gerou estudosos, na vida forense ou fora dela, causando publicações e tematizando encontros, semeando entidades, vocacionando pesquisadores, técnicos e operadores, advogados, promotores de justiça e juízes zelosos e isentos. É todo um saldo ainda não computado, mas que, vez por outra, se faz sentir: casos concretos foram duas decisões judiciais que inauguraram 2008.

A primeira dessas decisões veio do interior de São Paulo, a 500 quilômetros da capital. O juiz da execução penal de Tupã, **Gerdinaldo Quichaba Costa**, determinou que os estabelecimentos penitenciários sob sua competência correccional somente recebam presos residentes em um raio de 200 quilômetros, devendo também observar, estritamente, seus limites de lotação. Apontou o juiz que a transferência maciça e indiscriminada de presos, em sua maioria oriundos da região metropolitana da capital, para longínquos esta-

belecimentos, na medida em que dificulta e quase impossibilita visitas de seus familiares, inviabiliza também a própria idéia de reintegração social estabelecida na lei. A decisão, de resto, ainda convida a repensar a política de transferência sistemática de presos para locais distantes da capital, na versão recente da antiga estratégia das colônias penais.

A segunda decisão foi do juiz **Cláudio do Prado Amaral**,⁽¹⁾ corregedor dos presídios da Capital de São Paulo. Ela determinou que, no máximo em um ano, o Centro de Detenção Provisória II, do bairro de Pinheiros, observe estritamente sua capacidade para acolher até 512 presos, não devendo ser aumentada, desde logo, a quantidade de presos ali já existente. A fundamentação dessa decisão traz informações dantescas sobre esse e outros estabelecimentos similares: o triplo dos presos que as construções admitem, ocupando espaços celulares mínimos, amontoando-se e revezando-se uns sobre os outros até para dormir ou ir ao banheiro. Passaram por um surto de tuberculose e sofrem um racionamento de água, com instalações sanitárias precárias. Têm restrições absurdas de atendimento médico e hospitalar, e até de visitas de advogados, em um quadro de escassez completa de pessoal penitenciário. **Amaral** não o diz, mas sua decisão deixa inferir: os Centros de Detenção Provisória de São Paulo reeditam muito de Auschwitz. Mas, literalmente a decisão diz: não há como cobrar desses presos coisa alguma, em nome do direito, senão assistir, passivamente, que se organizem por conta própria e à revelia do próprio Estado. A leitura completa dessa decisão — que publicamos em nosso Portal na Internet — não é somente uma aula de direito de execução penal, mas, também, de independência judicial e de afirmação do papel do juiz como garantidor de direitos.

São dois casos, é certo, que se somam a poucos outros, ocasionalmente. E o mesmo Judiciário dessas decisões é aquele que, embora por outras mãos, dissemina a cultura do aprisionamento massivo e do uso abusivo da prisão processual, mesmo em casos em que a lei prevê soluções alternativas (Pinheiros, aliás, existe exatamente porque os juízes de São Paulo vêm aplicando prisões cautelares para além do que seria admissível na própria lei). Estudos sérios demonstram que, na base desse aprisionamento espetacular, encontramos magistrados e promotores de justiça como os responsáveis principais pela situação caótica vivida nos presídios, disseminando a lógica da excep-

EDITORIAL:

- **A LEP E A INDEPENDÊNCIA JUDICIAL** 1
- **PRESCRIÇÃO: ALTERAÇÃO TRAZIDA PELA LEI Nº 11.596/2007**
Robson Antonio Galvão da Silva e Daniel Laufer 2
- **EM DEFESA DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE E RETROATIVA**
Euro Bento Maciel Filho 4
- **PROTEÇÃO DA FAUNA E RESOLUÇÃO CONAMA Nº 394/2007**
Adilson Paulo Prudente do A. Filho 6
- **A EFETIVIDADE DA LEI Nº 11.343/2006**
Fernando Braga Viggiano 7
- **MÍDIA, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO PENAL**
Reinaldo Daniel Moreira 8
- **A LAVAGEM DE DINHEIRO E A COMUNICAÇÃO DE OPERAÇÕES BANCÁRIAS SUSPEITAS PELO COAF: QUAL MEDIDA A SER ADOTADA PELO DOMINUS LITIS?**
Tatiana Machado Corrêa 9
- **O DESAFIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA EM FACE DA COMPLEXIDADE DOS SUJEITOS**
Vinicius da Silva Machado 10
- **O CABIMENTO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO NOS CASOS EM QUE A PENA DE MULTA É ALTERNATIVA À PRIVATIVA DE LIBERDADE**
Gabriel Bertin de Almeida 11
- **UMA RELEITURA DA PRISÃO EM FLAGRANTE**
André Adriano do Nascimento Silva 13
- **IMPUTAÇÃO PENAL E RECEBIMENTO DA DENÚNCIA: ONDE ESTÁ A DEFESA?**
Marcus Alan de Melo Gomes 14
- **"TROPA DE SANGUE" E "BATISMO DE ELITE" - A TORTURA EM TRÊS DÉCADAS: QUOSQUE TANDEM?**
Eduardo Paglione 17
- **O ART. 188 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL EM FACE DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA**
Roberto Delmanto 19

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

O DIREITO POR QUEM O FAZ

- **INTERCEPÇÕES TELEFÔNICAS. COMPARTILHAMENTO DE INFORMAÇÕES EM ÂMBITO NÃO PENAL. ILEGALIDADE** 1145

EMENTAS

- Supremo Tribunal Federal 1147
- Superior Tribunal de Justiça 1147
- Tribunais Regionais Federais 1148
- Tribunais de Justiça 1150

cionalidade, agravando regimes prisionais, adiando ou ignorando institutos legais quando favoráveis aos réus e condenados, e, enfim, superlotando presídios com toda uma população que não deveria estar neles.

Mas essas duas decisões, de todo modo, também confirmam o que alguém já disse antes: a independência do juiz não está no Judiciário, mas, no próprio magistrado. A instituição não é independente, mas, o juiz, esse sim pode sê-lo. Nossa LEP inaugurou toda uma cultura de legalidade que não há de ser mais detida, passando a ambientar novas idéias, novas práticas, mas, principalmente, novos homens e mulheres que as sustentam e que não permitem que gratuitamente tudo se desmanche no ar.

A consequência dessas decisões é óbvia: um Estado que não sabe prender é um Estado que tem, precisamente por conta disso, o imperioso dever humano, ético, normativo e legal de soltar. Nesse sentido, cabe recordar a precursora e correta decisão do juiz das execuções de Contagem, Minas Gerais, **Livingston José Machado**, em 2005. Vamos todos, portanto, aguardar a continuidade da frase que tais decisões de São Paulo esboçam, agora em 2008. Não se pode admitir que acabem em trocas inocuas de ofícios ou na responsabilização fácil de servidores subalternos. Vencidos os prazos fixados, e inerte a Administração Prisional, a consequência óbvia é a soltura, ainda que provisória, dos presos em ex-

cesso, pelo menos até que se reúnam as condições mínimas para seu aprisionamento e que os próprios juízes dizem seriamente inexistentes. Já não temos como admitir frases interrompidas, reticências ou folhas dobradas. Não podemos mais assistir afastamentos nebulosos, como o do juiz **Machado**. Tentemos completar desta vez, neste Brasil e por inteiro, até seu ponto final, as exigências dessa nova gramática que é, em última análise, aquela do próprio direito.

NOTA

(1) A íntegra da decisão está disponível para consulta no site do IBCCRIM: www.ibccrim.org.br.

PRESCRIÇÃO: ALTERAÇÃO TRAZIDA PELA LEI Nº 11.596/2007

Robson Antonio Galvão da Silva e Daniel Laufer

Como cediço, as *causas interruptivas da prescrição* tratam-se de acontecimentos processuais ou de caráter pessoal que interrompem o curso do prazo prescricional iniciado, cancelando o prazo decorrido e determinando o início de novo prazo integral a partir do dia da interrupção (exceto o caso de continuação do cumprimento da pena). Como bem define **Silva Franco**,⁽¹⁾ são todos os atos demonstrativos de um exercício ativo do poder punitivo, e, como tais, incompatíveis com uma pretensão de renúncia, em relação a este exercício, por parte do Estado. São, portanto, aqueles atos em que se manifesta presente o interesse do Estado em perseguir o autor do crime.

O artigo 117 do Código Penal estabelecia seis causas de interrupção prescricional, quais sejam: a) recebimento da denúncia ou queixa; b) pronúncia; c) decisão confirmatória da pronúncia; d) *sentença condenatória recorrível*; e) início ou continuação do cumprimento da pena; e, f) reincidência.

Não ocorre a prescrição da pretensão punitiva, pela pena em concreto ou em abstrato, se o prazo legal não se completa entre a data de consumação do crime e da primeira causa de interrupção, ou entre datas de duas interrupções.

Por se tratar a prescrição penal de direito substantivo, refletindo sobre o direito de liberdade do cidadão, a melhor doutrina e jurisprudência se posicionam no sentido da taxatividade das causas de interrupção. Não se admitem interpretações ampliativas ou analógicas e nem podem ser considerados fatos processuais não previstos.

Porém, sempre houve especial controvérsia quanto à quarta causa interruptiva, ou seja, a *sentença condenatória recorrível*,

sobretudo em dois principais aspectos.

Discutia-se se o marco interruptivo ocorria na data do *decisum condenatório recorrível* ou na data de sua publicação.

Debatia-se, ainda, se o *acórdão* que revitava a *sentença condenatória recorrível* poderia ser entendido como marco interruptivo. Diante da taxatividade das causas interruptivas, em geral, não se admitia essa possibilidade. Nesse sentido: “*A decisão que confirma a sentença condenatória não foi — nem poderia ser — considerada pelo legislador causa de interrupção, porque ela é, na verdade, apenas o marco divisor das duas modalidades prescricionais. Com o trânsito em julgado daquela decisão, termina a fase de prescrição da ação penal e, imediatamente, começa o novo ciclo, que é o da prescrição da condenação.*”⁽²⁾

Porém, normalmente os tribunais entendiam que “*a primeira decisão que declara o réu culpado, quer seja proferida em sentença monocrática, quer pelo tribunal, em grau de apelação, é a que funciona como sentença interruptiva do lapso prescricional.*”⁽³⁾

Em 30/11/2007, foi publicada no *Diário Oficial da União* a Lei n. 11.596, que alterou o mencionado artigo 117, inciso IV, do Código Penal, que passou a vigorar com a seguinte redação: “*Art. 117: O curso da prescrição interrompe-se: (...); IV — pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis; (...).*”

Diante disso, alguns problemas de interpretação e aplicação do inciso com a nova redação poderão surgir.

Inicialmente, observa-se que foi feita menção expressa à data da *publicação*, afastando definitivamente o entendimento dos que ainda consideravam como termo final da prescrição da pretensão punitiva a data do *decisum* e não a data da sua publicação.

Em alguns raros casos em que a prescrição deixou de ser reconhecida porque se considerou como marco interruptivo a data do *decisum* e não a data de sua *publicação*, a lei nova deverá ser aplicada retroativamente. Por outro lado, no que concerne à *publicação*, a alteração poderá ser prejudicial ao réu nos casos em que se toma como marco inicial a data de sua publicação e não do julgamento. Nesse caso, a lei nova não poderá retroagir.

De outra via, deve-se observar que a lei referida não instituiu uma nova causa interruptiva da prescrição. Apenas veio consolidar o entendimento construído doutrinária e jurisprudencialmente, no sentido de que o marco interruptivo é a publicação da sentença ou *acórdão* condenatório *recorríveis*, ou seja, o que ocorrer primeiro. Diferentemente do que uma leitura apresada poderia sugerir, se houver sentença condenatória que for mantida pelo *acórdão*, a data de publicação deste último não constitui causa interruptiva da prescrição, mas sim a data de publicação da sentença.

Somente no caso de haver sentença absolutória e *acórdão* condenatório é que a publicação do *acórdão* será marco interruptivo da prescrição, conforme já era entendimento majoritário na jurisprudência. O legislador foi claro ao estabelecer a alternativa: sentença ou *acórdão* condenatórios *recorríveis*. Além disso, o *acórdão* condenatório que dá continuidade à sentença é apenas confirmação desta.

Somente se houvesse afirmado sentença e *acórdão* condenatório *recorríveis* é que se possibilitaria a interpretação no sentido de que, se houve sentença condenatória mantida em segundo grau, a publicação do *acórdão* consistiria em causa interruptiva.

Como afirmado acima, trata-se de di-

reito substantivo, não se admitindo interpretações extensivas. Além disso, essa interpretação violaria o artigo 5º, inciso LXXVIII, da CF, que estabelece como garantia fundamental a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. É sabido por todos os operadores do Direito Penal que a prescrição é importante — senão a única efetiva — causa propulsora da movimentação processual.

Nos processos que seguem o rito ordinário dar-se-á, então, a prescrição entre: a) a consumação do fato e o recebimento da denúncia; b) o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória recorrível; c) o recebimento da denúncia e a publicação de acórdão condenatório recorrível, somente no caso de ter sido a sentença de primeiro grau absolutória; d) a publicação da sentença condenatória ou do acórdão condenatório (este somente no caso de ter sido a sentença absolutória) e o início do cumprimento da pena.

Por fim, a redação dada pela Lei 11.596 não extirpou a dúvida acerca da interpretação do termo *publicação*. Muito embora não tenha

sido claro o legislador e a jurisprudência, em sua grande parte, propugne pelo sentido de publicação enquanto sentença entregue em cartório⁽⁴⁾ ou ao menos um ato inequívoco de publicidade (como o registro em livro próprio do cartório⁽⁵⁾), fato é que a não identificação do termo *publicação* com *publicação em diário oficial* (ou *diários eletrônicos já amplamente difundidos*) continua a gerar grande insegurança jurídica.

NOTAS

- (1) TACRIM-SP, EI 171083, rel. **Silva Franco**.
- (2) TJSP, rel. **Denner de Sá**, *RJTJSP* 125/557.
- (3) TACRIM-SP, EI 592413, rel. **Silva Pinto**, *RJD* 10/168.
- (4) *RT* 734/660.
- (5) *JTACRIM* 79/193.

Robson Antonio Galvão da Silva

Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Federal do Paraná/ICPC e mestrando em Direito Econômico pela PUC/PR

Daniel Laufer

Mestre em Direito Econômico pela PUC/PR e professor de Direito Penal da PUC/PR

PARTICIPE POR ACREDITAR

NOVAS PRODUÇÕES DE VÍDEO NA BIBLIOTECA DO IBCCRIM!

Já estão disponíveis aos associados do **IBCCRIM** os DVDs do “Colóquio em homenagem ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais- Justiça Penal Portuguesa e Brasileira: Tendências de Reforma”, realizado pela Universidade de Coimbra – Portugal, nos dias 13 e 14 de abril de 2007, do II Curso para Jornalistas do IBCCRIM, realizado nos dias 23 e 30 de junho de 2007 e do III Simpósio de Ciências Criminais de Brotas, realizado nos dias 23 e 24 de novembro de 2007. Entre em contato com a nossa Biblioteca e confira!

INTEGRAÇÃO BOLETIM/BIBLIOTECA

A partir deste mês, a Biblioteca do IBCCRIM colocará à disposição do usuário mais uma importante ferramenta de pesquisa. Trata-se de levantamento bibliográfico sobre os temas objeto dos artigos publicados em nosso **Boletim**. Para consultá-lo, acesse no nosso *site* a seção da Biblioteca, clique na subseção “Últimas Aquisições” e encontrará o tópico “Bibliografia do Boletim”. Nele será possível verificar todo o material disponível em nosso acervo (livros, artigos de revistas, vídeos etc.) relacionado aos temas divulgados no **Boletim**. O respectivo levantamento bibliográfico também será enviado pelo Informativo eletrônico da Biblioteca.

LABORATÓRIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS 2008

Abertas as inscrições (entre os dias 7 de janeiro e 5 de março de 2008) para a 7ª Edição do **Laboratório de Ciências Criminais 2008**, um programa de iniciação científica destinado a estudantes do 3º ao 5º ano das faculdades de Direito.

Ao longo do curso serão abordadas questões atuais de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Política Criminal.

Os alunos selecionados, para poder frequentar o Laboratório, deverão ser associados ao **IBCCRIM** na categoria de estudante de graduação, conforme consta **no link Associe-se, de nosso site**.

O regulamento para participar do Laboratório de Ciências Criminais já se encontra no *site* do **IBCCRIM**.

Mais informações podem ser obtidas no *site* (www.ibccrim.org.br), pelo *e-mail* (laboratorio@ibccrim.org.br) ou pelo telefone (11 - 3105-4607, ramal 174).

14º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO IBCCRIM

Aguardem novidades para a próxima edição do evento!



(FUNDADO EM 14.10.92)

DIRETORIA DA GESTÃO 2007/2008

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE: Alberto Silva Franco

1ª VICE-PRESIDENTE: Sérgio Mazina Martins

2ª VICE-PRESIDENTE: Theodomiro Dias Neto

1º SECRETÁRIO: Carlos Alberto Pires Mendes

2ª SECRETÁRIA: Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

1º TESOUREIRO: Ivan Martins Motta

2ª TESOUREIRA: Sílvia Helena Furtado Martins

CONSELHO CONSULTIVO:

Carlos Vico Mañas

Marcio Bártoli

Marco Antonio Rodrigues Nahum

Maurício Zanoide de Moraes

Tatiana Viggiani Bicudo

COORDENADORES-CHEFES:

BIBLIOTECA: Ivan Luís Marques da Silva

BOLETIM: Carina Quito

CURSOS: Cristiano Avila Maronna

COMUNICAÇÕES: Renato Sérgio de Lima

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:

Guilherme Madeira Dezem

INICIAÇÃO CIENTÍFICA: Camila Akemi Perruso

INTERNET: Heloisa Estellita

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 Mauricio Genofre

INFÂNCIA E JUVENTUDE: Renata Flores Tybiriça

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

EM DEFESA DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE E RETROATIVA

Euro Bento Maciel Filho

Já não é de hoje que a comunidade jurídica — salvo os adeptos da política de lei e ordem — vem denunciando alguns descalabros, sobretudo no campo das investigações promovidas **ou** por membros do Ministério Público (o que, por si só, já é um grande equívoco!) **ou** pela Polícia Federal.

De efeito, desde interceptações telefônicas “autorizadas” sem as devidas cautelas até a “invasão” de escritórios de advocacia por policiais munidos com mandados de busca e apreensão absolutamente genéricos e vagos, a história recente nos mostra que as liberdades e garantias individuais vêm ficando, por vezes, em segundo plano.

Somem-se a isso, ainda, a tentativa de se tornar obrigatória a malfadada videoconferência (em boa hora vetada pelo Presidente da República) e a injustificável exposição na mídia de trechos de conversas telefônicas interceptadas, os quais, em tese, são protegidos pelo sigilo.

E, para coroar este atual momento de “trevas” do Direito Penal Brasileiro, surge, agora, a notícia de que o Senado Federal, no início de dezembro de 2007, aprovou um Projeto de Lei que modifica o § 1º e revoga o § 2º, ambos do art. 110, do Código Penal, promovendo, assim, a “extinção” da prescrição da pretensão punitiva em suas modalidades retroativa e intercorrente.

Apenas para ilustrar, eis a redação do PL retrocomentado que, presentemente, encontra-se na Câmara dos Deputados para deliberação pelos parlamentares daquela Casa:

“Art. 110...

§ 1º - *A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória para a acusação e defesa regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da publicação da sentença ou do acórdão.*

§ 2º - (Revogado).”

Da leitura da transcrição supra, é possível notar, de plano, que a nova redação dada ao § 1º, do art. 110, do Código Penal, apenas ressalta duas obviedades, quais sejam:

a-) que a prescrição **executória** (ou seja, aquela que se verifica após o trânsito em julgado para a “acusação e defesa”) regula-se pela pena aplicada e, **b-)** que a prescrição **executória** não pode ter “por termo inicial data anterior à da publicação da sentença ou do acórdão”. Fica fácil notar, pois, que o “novo” § 1º, do art. 110, do CP, se aprovado, mostrar-se-á absolutamente redundante e desnecessário.

No entanto, em que pese a sua redundância, é certo que a modificação operada pelo referido PL extingue a prescrição **intercorrente**, qual seja, aquela que hoje se verifica entre a publicação da sentença con-

denatória em Cartório (desde que dela não recorra a acusação para buscar o aumento da pena), nos termos do art. 389, do CPP, e o efetivo trânsito em julgado.

Em outras palavras, os tribunais, atualmente já abarrotados por um número excessivo de processos, não terão mais “prazo” algum para o julgamento dos recursos. Desta forma, ressoa evidente que o Estado não sofrerá consequência alguma pela sua inércia.

De outro lado, a proposta de revogação do nosso atual § 2º fulmina, também, a prescrição retroativa, o que dá ao Estado um tempo quase ilimitado para a condução das investigações ou da instrução criminal.

Como se vê, em sendo aprovado tal PL, tanto a prescrição retroativa quanto a intercorrente, que são modalidades prescricionais essenciais para se proteger o cidadão **ou** contra investigações policiais “eternas” **ou** contra a excessiva morosidade do Judiciário, serão, infelizmente, extintas.

Ora, mas o que a sociedade ganha com isso?

A resposta, obviamente, é uma só: **nada!** É bem verdade que muitos enxergam o instituto da prescrição como uma porta aberta à impunidade, pois simplesmente não conseguem compreender a razão pela qual o Estado deixa de exercer o seu *jus puniendi* em face de um réu efetivamente condenado pela Justiça.

Porém, enganam-se os que assim pensam, haja vista que a tal “impunidade” não será resolvida nem com a extinção da prescrição retroativa/intercorrente nem, tampouco, com a convivência estatal diante de arbitrariedades e métodos de investigação pouco ortodoxos.

Ora, nunca é demais lembrar que a prescrição penal corre contra o Estado e só vem a ser declarada naqueles casos em que o Poder Judiciário se mostrou inapto para decidir uma lide qualquer dentro de um prazo **legalmente previsto**. Logo, forçoso reconhecer, pois, que a razão de ser da prescrição está, justamente, no fato de que o Estado não possui o poder de processar alguém por tempo indeterminado.

A ordem natural das coisas determina que cabe ao Estado atuar dentro de um tempo previsto em lei, sob pena de perder o seu *jus puniendi*. Positivamente, ao particu-

lar não pode ser dado o pesado fardo de suportar, indefinidamente, a inércia e a morosidade estatais.

A prescrição existe para conferir ao Estado um **fator temporal** qualquer, o qual é regulado pela pena prevista/aplicada a cada crime, para **decidir a lide** e assim pôr um fim na agonia sofrida pelo acusado. Trata-se, pois, de um “limite”, um “freio” essencial para regular a atividade estatal durante a *persecutio criminis*.

Decididamente, a extinção da prescrição em suas modalidades retroativa e intercorrente, se aprovada, resultará em ver-

dadeira “carta branca” para que o Estado possa sujeitar o cidadão à tortura de um processo criminal ou à infâmia que representa uma investigação criminal por tempo “quase” indeterminado (é que a prescrição penal regulada pela pena *in abstracto*, em certos cri-

mes, é praticamente impossível), o que é inadmissível.

A aprovação daquele PL representaria, dentro dessa ordem de idéias, a eliminação (quase) total do único instrumento de defesa que a sociedade possui frente ao perigo do “processo perpétuo”.

Curioso, no entanto, é que as reais causas da morosidade do Poder Judiciário, verdadeiro “fato gerador” da prescrição e também da impunidade, não são sequer discutidas.

Ora, será que nossos parlamentares não enxergam que seria muito mais fácil e eficiente promover a “desburocratização” do Poder Judiciário, a informatização de todas as Varas e Cartórios Judiciais pelo País afora e a contratação de funcionários melhor capacitados, do que, simplesmente, extinguir a prescrição?

Mas, ainda há tempo para se evitar tamanho dano ao nosso sistema penal, haja vista que o PL aqui comentado encontra-se na Câmara dos Deputados, onde ainda será discutido e votado.

A sociedade e os diversos órgãos de classe, conscientizados do desastre que se aproxima, devem, pois, promover a discussão e o debate em torno do tema, tudo de forma a se pôr uma pá de cal na questão, de uma vez por todas.

Euro Bento Maciel Filho

Advogado, mestre em Direito Penal pela PUC/SP e professor de Direito Penal na Unip

PARTICIPE

POR ACREDITAR

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PENAL ECONÔMICO E EUROPEU

Realização: Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu (IDPEE) da Universidade de Coimbra, Portugal e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) de São Paulo, Brasil.

Data: De 31 de julho a 20 de setembro de 2008

Local: São Paulo / SP

Professores Convidados:

- Prof. **Jorge de Figueiredo Dias** - Presidente do Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu (IDPEE) e professor doutor da Universidade de Coimbra, Portugal.
- Profa. **Cláudia Maria Cruz Santos** - Professora da Universidade de Coimbra, Portugal.
- Prof. **Nuno Brandão** - Professor da Universidade de Coimbra, Portugal.
- Prof. **Manoel da Costa Andrade** - Professor da Universidade de Coimbra, Portugal.
- Profa. **Suzana Aires de Sousa** - Professora da Universidade de Coimbra, Portugal.
- Dr. **Andrei Zenckner** - Mestre em Ciências Penais pela PUC/RS e doutorando em Direito Penal pela Universidade de Coimbra.
- Dr. **Celso Vilardi** - Mestre em Direito Processual Penal pela PUC/RS e coordenador e professor do Curso de Especialização em Direito Penal Econômico, da Escola de Direito da FGV/SP.
- Dra. **Carolina Yumi de Souza** - Mestre em Direito Processual Penal - USP.
- Dra. **Heloisa Estellita** - Mestre em Direito - UNESP e doutora em Direito Penal - USP.
- Dr. **Hugo de Brito Machado** - Professor na UFC - Universidade Federal do Ceará - CE e juiz federal aposentado.
- Dr. **Luis Eduardo Martins Ferreira** - Advogado e diretor de Auto-Regulação da Bovespa
- Dr. **Marcelo Mosconi** - Procurador regional da República, "Master of Arts by the University of California, Davis".

Informações a partir de fevereiro de 2008 no site do **IBCCRIM** (www.ibccrim.org.br) ou com o Departamento de Cursos e Eventos por e-mail (curso@ibccrim.org.br) ou telefone (11 - 3105 4607).

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PENAL DA ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA DA OAB/SP

Estão abertas inscrições para o II Curso de Pós-graduação "lato sensu" em Direito Penal da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP, com apoio Institucional do **IBCCRIM**,

Coordenação: Cristiano Avila Maronna, Luciano Anderson de Souza, Luís Geraldo Sant'ana Lanfredi e Renato de Mello Jorge Silveira.

Início das Aulas: 13/03/08

Aulas as quintas e sextas, às 19 horas

Duração de aproximadamente um ano e meio

Local: Sede da ESA, Largo da Pólvora, 141 - Sobreloja - Liberdade/SP

Informações: www.oabsp.org.br/esa, faleconosco@esa.oabsp.org.br ou nos telefones 11 3277-7392, 3209-4055 e 3277-8456

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU

Direito Penal e Processo Penal

Uniritter/IBCCrim - 3ª Edição

Informações e inscrições: de segunda a sexta-feira das 8h às 17h, pelo fone (51) 3464.2024, até 25 de março de 2008 - www.uniritter.edu.br

Vagas limitadas

TV IBCCRIM AGORA TEM NOVA SEÇÃO

A TV **IBCCRIM** está agora exibindo a seção **EVENTOS**, com programas gravados nas Mesas de Estudos e Debates, nos cursos e em outros eventos do Instituto. A exibição é exclusiva para nossos associados e a programação será ampliada ainda mais em 2008. Você que não conseguiu estar presente em alguns eventos do **IBCCRIM** tem, agora, a oportunidade de assisti-los em sua casa, com toda a comodidade.

Além disso, os programas exibidos também estão disponíveis na Biblioteca.



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 SE):

Oswaldo Trigueiro Filho

5ª REGIÃO (BA e ES):

Wellington Cesar Lima e Silva

6ª REGIÃO (RJ e ES):

Márcio Barandier

7ª REGIÃO (DF, GO e TO):

Pierpaolo Bottini

8ª REGIÃO (MG):

Felipe Martins Pinto

9ª REGIÃO (MT, MS e RO):

Francisco Afonso Jawsnicker

10ª REGIÃO (SP):

Ricardo Guinalz

11ª REGIÃO (PR):

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

12ª REGIÃO (RS e SC):

Rafael Braude Canterji

BOLETIM IBCCRIM

- ISSN 1676-3661 -

COORDENADORA-CHEFE:

Carina Quito

COORDENADORES ADJUNTOS:

Andre Pires de Andrade Kehdi,
Caroline Braun, Cecília Tripodi,
Eleonora Rangel Nacif, Fabiana Zanatta Viana
e Renato Stanzola Vieira

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

DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO, MONTAGEM E FOTOLITO:

Ameruso Artes Gráficas
Tel./Fax (11) 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	

PROTEÇÃO DA FAUNA E RESOLUÇÃO CONAMA Nº 394/2007

Adilson Paulo Prudente do Amaral Filho

Em 6 de novembro de 2007, o Conselho Nacional de Meio Ambiente – Conama – aprovou a Resolução nº 394/07, que *“estabelece os critérios para a determinação de espécies silvestres a serem criadas e comercializadas como animais de estimação”*.

Tal resolução fixa, em seu art. 4º, os critérios que terão de ser utilizados, pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, para elaborar a lista de espécies de animais silvestres que poderão ser utilizadas como animais de estimação, ou seja, que poderão ser mantidos em cativeiro domiciliar, sem finalidade de abate, de reprodução ou de uso científico e laboratorial (art. 2º, I, Res. Conama nº 394/07). Tais animais deverão ter nascido em cativeiro, ou seja, deverão ser oriundos de criadouros comerciais devidamente legalizados junto ao Ibama.

O emprego de animais silvestres como animais de estimação tem, no Brasil, um aspecto cultural bastante forte, pois já era um hábito dos índios que acabou sendo assimilado pelos colonizadores. Tal prática, porém, acabou sumariamente vedada pela Lei nº 5.197/67, dando origem a um sem-número de ações penais envolvendo a guarda doméstica de animais silvestres e levando ao desenvolvimento de diversas teses judiciais destinadas a evitar a aplicação da lei penal a condutas culturalmente aceitas e de nenhuma relevância, se individualmente consideradas, à proteção da fauna silvestre brasileira.

Havia, e os tribunais pátrios deixaram isto patente, um evidente descompasso entre criminalização desta conduta e a realidade cultural brasileira. Por esta e por outras razões, o Ibama autorizou, de maneira bastante precária, a criação e comércio de animais silvestres como animais de estimação, viabilizando a aquisição, em lojas regularizadas, de diversas espécies de animais silvestres, tanto nativos como exóticos.

A Resolução Conama nº 394/07 é a resposta deste colegiado a esta precária autorização concedida, a partir de critérios não muito claros, pelo Ibama. A fixação de critérios técnicos era essencial para que a criação e comércio desta ou daquela espécie se desse sem ameaça maior ao *“meio ambiente ecologicamente equilibrado”* (art. 225, CF). É, ademais, o reconhecimento de que a simples proibição de uma conduta não é suficiente para proteger o bem jurídico visado pela norma.

Por certo tal regulamentação não é estreme de discussão, especialmente diante

do disposto no inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, que veda práticas que coloquem em risco a função ecológica da fauna. Não faltará quem sustente que a função ecológica da fauna só se cumpre com o animal em vida livre, alimentando-se, reproduzindo-se e morrendo em seu *habitat*. Dirão outros que se deve garantir a função ecológica da fauna, mas sem que se exclua o reconhecimento de outras funções, inclusive a que ora lhe conferiu o Conama, ao fixar parâmetros para a regulamentação de sua utilização como animal de estimação.

Esta última visão afigura-se a mais acertada, pois não se pode, de um momento para o outro, pretender mudar um hábito culturalmente arraigado, como tentou a Lei nº 5.197/67, com funestas consequências. Há que se reconhecer a existência de funções outras da fauna silvestre além de povoar as matas, rios e mares. Cabe ao poder público proteger a fauna e vedar práticas que coloquem em risco sua função ecológica (art. 225, § 1º, VII, CF), mas isso não implica na vedação de quaisquer das outras possíveis funções da fauna.

Erika Bechara cita as seguintes funções que os animais podem exercer em sua estreita relação com os seres humanos, funções estas essenciais à obtenção da *“sadia qualidade de vida”* de que fala o art. 225 da Constituição Federal: **a)** ecológica; **b)** científica ou medicinal; **c)** pedagógica e recreativa; **d)** higienização mental; e **e)** outros usos.⁽¹⁾

A função ecológica é a prevista no inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição Federal e se expressa pelo papel que cada animal desempenha na manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado. A científica ou medicinal diz com a produção de medicamentos a partir de substâncias obtidas de animais, como o colágeno bovino, a insulina suína e até mesmo o veneno da jararaca, utilizado pela indústria farmacêutica na produção de anti-hipertensivos. A função pedagógica e recreativa está associada a atividades de lazer e educação ambiental, como as desenvolvidas durante uma visita ao zoológico, a parques nacionais, observação de aves e ecoturismo, dentre outras. A função de higienização mental decorre da necessidade, cada vez mais crescente, de os seres humanos buscarem algum bem-estar psicológico, em meio ao estresse e à tensão da vida moderna, especialmente nas grandes cidades, sendo certo que este bem-estar pode ser *“incrementado por in-*

termédio de animais de estimação”, pois tanto *“adultos como crianças se afeiçoam a alguns desses bichos de modo a direcionar-lhes atenção e cuidados que preenchem certos ‘vazios’ de suas vidas. Não raras vezes servem de verdadeiras companhias a tais pessoas, impedindo que a pernicioso sombra e os indesejados sintomas da solidão se manifestem. Por conta disso, criar e cuidar de animais, funciona como verdadeira terapia mental para um sem número de pessoas.”*⁽²⁾ Por fim, em outros usos a autora elenca o transporte de pessoas, a produção de lã e leite, a tração de veículos, a prática de esportes e a movimentação de máquinas.

Cumpra ao Poder público regulamentar estas funções, de modo a garantir que a consecução de cada uma delas não ponha em risco a função ecológica da fauna. É certo que para muitas pessoas pode não fazer o menor sentido alguém criar um lagarto, um sapo ou uma cobra, afigurando-se, para outros, um despropósito aprisionar-se aves em gaiolas, seja para apreciar a beleza de suas cores, seja para deleitar-se com seu canto, mas o fato é que se trata de prática culturalmente aceita, com profundas raízes históricas, que somente pode ser mudada pela sucessão de gerações que deixem de encerrar esta ou aquela prática como desejável ou tolerável. Não pode pretender o legislador ou o administrador, por meio de lei ou ato regulamentar (ou ausência de ato regulamentar), impedir a manifestação deste traço cultural, na medida em que aceito pela Constituição Federal e contemplado pela lei.

Não pode o Poder público ignorar esta realidade e, muito menos, a previsão da Lei nº 9.605/98, no sentido de ser possível a expedição de permissão, licença e autorização para a realização das condutas descritas no seu art. 29, especialmente, no que diz com o tema deste artigo, para o verbo *“utilizar”*. A leitura da Resolução Conama nº 394/07 revela preocupação com a preservação da função ecológica da fauna, na medida em que prevê, em seu art. 2º, I, que os animais silvestres utilizados como animais de estimação devem ser nascidos em cativeiro, contemplando, apenas excepcionalmente, a apanha de animais silvestres na Natureza, unicamente para a composição de plantéis de criadouros autorizados (art. 5º, Res. Conama nº 394/07). Dos critérios elencados no art. 4º, aqueles constantes dos incisos I, II e IV também revelam este viés protetivo. Resta, agora, aguardar que o Ibama cumpra o prazo previsto no art. 3º da Resolução, realizando as consultas públicas

necessárias de que trata seu § 1º e editando a lista de animais silvestres passíveis de utilização como animais de estimação no prazo de 6 meses.

Do ponto de vista penal, tal regulamentação é extremamente adequada, na medida em que cria uma área de legalidade onde as pessoas que desejem possuir um animal silvestre como animal de estimação poderão dar satisfação à sua pretensão, sem violarem normas penais, não se podendo olvidar que o § 2º do art. 29 da Lei nº 9.605/98 já revelava a menor ofen-

sividade da guarda doméstica de animais silvestres, na medida em que permitia, em tais casos, a não aplicação da pena pelo juiz.

Assim, a Resolução Conama nº 394/07, se corretamente implementada pelo órgão executor da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 6º, IV, Lei nº 6.938/81), ou seja, pelo Ibama, trará uma importante alternativa ao tráfico de animais silvestres, fazendo diminuir, em proporção a ser aferida, a pressão da apanha ilegal sobre a fauna, bem como permitindo uma atuação mais incisiva do Direito Penal sobre

aqueles que, mesmo diante da existência de alternativa legal, insistirem na prática da conduta descrita no art. 29 da Lei nº 9.605/98.

NOTAS

(1) *A Proteção da Fauna Sob a Ótica Constitucional*. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2003, pp. 38/44.

(2) *Op. cit.*, p. 42.

Adilson Paulo Prudente do Amaral Filho

Procurador da República em São Paulo
e mestre em Direito pela PUC/SP

A EFETIVIDADE DA LEI N. 11.343/2006

Fernando Braga Viggiano

Sempre que se promulga uma nova lei, o discurso daqueles que exercem a atividade legislativa é unânime em asseverar que daí em diante o País terá condições próprias para erradicar seus males ou corrigir rumos. No entanto, o quadro real demonstra que a produção legislativa em larga escala não tem alcançado o fim desejado, encerrando apenas um simbolismo, já que a edição de normas não é seguida do devido cumprimento destas pelo poder público.

Na esfera penal, é certo que as leis por si só não são capazes de intimidar as pessoas para que deixem de cometer crimes de homicídio, roubo, tráfico de drogas etc. Aqueles que defendem que a legislação é suficiente para conter as diferentes motivações humanas professam sofismas, utopias. Se fosse diferente, a lei de crimes hediondos teria reduzido sensivelmente os índices de criminalidade e, as Ordenações Filipinas, a mercancia de substâncias psicotrópicas.

Especialmente em relação às drogas, a política de combate desenvolvida no Brasil é pouco eficaz. Vê-se que após editada a nova lei de drogas (n. 11.343/06) e adotado o modelo norte-americano de repressão ao tráfico (*war on drugs*) e terapêutico em relação ao usuário e dependente, não foram criadas as estruturas mínimas para a implementação dessas medidas. Exemplo disso é a falta de condições humanas e materiais (armamento sofisticado, serviço de inteligência e contra-inteligência etc.) das polícias para o enfrentamento do narcotráfico.

Inexistem condições mínimas para a aplicação do disposto na nova lei em relação ao usuário e dependente. Em vigor desde 8 de outubro de 2006, o legislador acertadamente não previu a pena privativa de liberdade para o usuário ou dependente de droga, mas sim a advertência sobre os efeitos nocivos da droga, a prestação de serviços à comunidade e o comparecimento a programa ou curso educativo. De igual

maneira, trouxe a possibilidade do juiz determinar a submissão a tratamento especializado e gratuito para a desintoxicação do infrator. Finalmente, reconheceu-se que o uso de droga é problema de saúde pública e não uma questão criminal.

Apesar do crescimento do uso de drogas e sua dependência, apenas 23% dos dependentes procuram tratamento (Ministério da Saúde, 2001). No entanto, a falta de comprometimento pessoal (evasões ou recaídas) impede a real adesão ao programa e sugere a seguinte indagação: qual a eficácia do tratamento psicossocial e farmacológico dispensado ao dependente?

Em vigor desde maio de 2002, a Resolução n. 101, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária disciplinou, por meio de regulamento técnico, as exigências mínimas para os serviços de atenção a pessoas com transtornos decorrentes do uso e abuso de substâncias psicoativas, notadamente as Comunidades Terapêuticas.

Atuando junto ao Conselho Estadual de Políticas Públicas sobre Drogas do Estado de Goiás (2005/2007), elaboramos um levantamento preliminar sobre as instituições públicas, privadas e filantrópicas que prestavam esse tipo de atendimento e, para a surpresa de muitos conselheiros, algumas instituições sequer responderam aos questionários, alegando receio de que suas atividades fossem extintas, por falta de preenchimento dos requisitos ou outros motivos. Porém, ao contrário do alegado, os questionamentos procuravam levantar e corrigir as deficiências, buscando o apoio das autoridades competentes para o funcionamento adequado dessas entidades.

Como é sabido, essas entidades padecem em decorrência da falta de quadro técnico especializado (em regra, conduzidos por membros de comunidades religiosas ou por dependentes em recuperação), de programas de tratamento e de critérios e processos de avaliação dos processos e re-

sultados obtidos.

As deficiências apontadas obstaculizam qualquer controle social. E, sem gestão estratégica e fiscalização dos investimentos de verbas públicas nessas instituições, o desperdício de dinheiro persistirá, assim como a ineficiência do tratamento dispensado aos pacientes.

Outro problema crucial é a falta de centros especializados no tratamento de crianças e adolescentes drogaditos. A inserção deles no mesmo local e programa terapêutico dos adultos impede a obtenção de qualquer resultado eficaz. A dependência nesses casos torna os adolescentes vulneráveis às ações de cooptação dos traficantes, que acabam fornecendo drogas diversas para eles em troca dos serviços prestados.

Acrescente-se a esse quadro a hedionda seletividade do sistema repressivo. Afinal, quando um jovem de classe média consome drogas, aplica-se sempre o estereótipo médico. No entanto, quando se trata de jovem pobre, o sistema deve atuar, em face do “risco” que ele representa ao próprio sistema (estereótipo criminal).

Conclui-se, portanto, que a falta de instituições públicas, privadas ou filantrópicas dificultam a aplicação do disposto na lei de drogas, transferindo para o dependente a responsabilidade de extirpar de sua vida a substância psicoativa.

Como o legislador já deu o primeiro passo, compete ao Poder Executivo e a nós — sociedade civil — reverter o quadro delineado, criando os mecanismos de efetivação e controle das medidas proclamadas. Caso contrário, a inércia acarretará, num futuro próximo, prejuízos ainda maiores para as crianças, adolescentes e nossas famílias.

Fernando Braga Viggiano

Promotor de Justiça em Goiás, mestre em Direito (UFG) — Área de concentração em Ciências Penais e membro da Conapa/MJ

MÍDIA, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO PENAL

Reinaldo Daniel Moreira

A liberdade de expressão é uma garantia fundamental, com assento constitucional nas sociedades democráticas. Conquista inarredável dos ideais de liberdade, no Direito Constitucional norte-americano foi consagrada pela 1ª emenda, em 1791, e constitui, talvez, o mais valorizado e protegido direito fundamental daquele país.⁽¹⁾ Na Alemanha, a importância da liberdade de expressão também é destacada, vista como um direito subjetivo individual de manifestação de pensamento, e, ao mesmo tempo, revestindo-se de um caráter eminentemente público, como instrumento para a livre formação de opinião e intercâmbio de idéias entre os cidadãos, fator indispensável ao bom funcionamento de um regime democrático, e um valor a ser promovido pelo Estado.⁽²⁾

Não se pode negar a influência que a mídia, os meios de comunicação de massa em geral, têm na sociedade, apresentando-se como verdadeiros fatores reais de poder, como força social, formadora de opinião. Tanto que, não raro, a opinião pública é condicionada pela opinião publicada. Opinião pública e opinião publicada por vezes se confundem. Afinal, nas palavras de **Lola Aniyar de Castro**, “os meios de comunicação demonstram ser cruciais na construção das ideologias. E, em consequência, das atitudes e dos valores”.⁽³⁾ Neste contexto, é que **Israel Drapkin** qualificou a mídia como o “Quarto Poder do Estado”.⁽⁴⁾

Tal realidade assume especial importância quando o foco de análise é a atuação da mídia diante do crime. Segundo **Nilo Batista**, a vinculação entre mídia e o sistema penal apresenta-se de maneira tão patente, que levou **Zaffaroni** a incluir no rol de agências do sistema penal as agências de comunicação social (como rádio, televisão e jornais).⁽⁵⁾ O fato criminoso desperta o interesse da sociedade, que conta com a mídia como fonte de informação e publicidade acerca do delito.

Neste momento é que se tem que atentar para que não sejam vulneradas garantias fundamentais inarredáveis do investigado ou do acusado, sobretudo o estado de inocência, através da publicidade abusiva ou opressiva (o chamado *trial by media*).⁽⁶⁾ Não há uma medida certa, quadrantes preestabelecidos dentro dos quais a mídia deva atuar, exercendo seu relevante papel em uma ordem democrática, e ao mesmo tempo respeitando as garantias individuais. Apenas os contornos da situação concreta e a adequada ponderação dos interesses em jogo trarão o parâmetro para a atuação midiática, devendo-se sempre buscar a compatibilização dos valores em conflito no caso, a saber, do interesse social na informação e também na preservação das

garantias fundamentais dos envolvidos na cena penal.

Neste contexto, a título ilustrativo, vale a menção a interessante e polêmico episódio, julgado em 1973 pela Corte Constitucional Alemã, o chamado “Caso Lebach” (*BverfGE*, 35, 202 [237]). Segundo notícia **Luís Roberto Barroso**,⁽⁷⁾ a discussão envolvia a possibilidade de um canal de televisão exibir documentário sobre um homicídio que havia abalado a opinião pública alemã alguns anos antes, fato conhecido como “o assassinato de soldados de Lebach”. Um dos condenados, em fase final de execução penal, recorreu a juízo com objetivo de impedir a transmissão, argumentando que a veiculação do programa, além de atingir sua honra, configuraria grave obstáculo ao seu processo de ressocialização.

A primeira instância e o tribunal revisor denegaram o pedido liminarmente formulado pelo autor para obstar a exibição, ao fundamento de que seu envolvimento no fato delituoso o tornara um personagem da recente história alemã, o que conferia interesse público inegável ao episódio, prevalecendo, inclusive, sobre sua pretensão de ressocialização. Então, o autor interpôs recurso constitucional (*Vefassungsschwerde*), invocando, novamente, seu direito à reinserção social. Foram ouvidos representantes do canal de televisão interessado, da comunidade editorial alemã, especialistas nos diversos ramos do conhecimento pertinentes e o Governo Federal e do Estado da Federação onde o condenado haveria de se reintegrar. Após a análise detida das especificidades do caso, concluiu o Tribunal Constitucional Federal Alemão que “a repetição de informações, não mais coberta pelo interesse da atualidade, sobre delitos graves ocorridos no passado, pode revelar-se inadmissível se ela coloca em risco o processo de ressocialização do autor do delito”.⁽⁸⁾ Dessa forma, o tribunal reformou o entendimento das instâncias anteriores, concedendo a liminar para impedir a veiculação do programa no caso de expressa menção ao interessado.

É certo que o caso é alvo de grande debate até mesmo na Alemanha.⁽⁹⁾ Em um contexto desses, é perfeitamente invocável o argumento de que o controle prévio da veiculação implicaria a sempre indesejada censura, violando o direito fundamental à liberdade de expressão. E, como lembra **Sérgio Salomão Shecaira**: “(...) bem é de observar-se que qualquer discussão acerca do que faz ou deixa de fazer a imprensa no plano político ou policial (...) só se justifica dentro do contexto da democracia garantidora da liberdade de pensar e agir.”⁽¹⁰⁾

Contudo, garantias como o estado de inocência podem ser vulneradas, o que em dadas circunstâncias pode até gerar um pre-

juízo indenizável, mas muitas das vezes irreparável, como apontou em decisão cautelar do Supremo Tribunal Federal o ministro **Cezar Peluso**.⁽¹¹⁾ Não existe uma resposta correta, pronta e acabada. A questão passa pela análise do caso e a ponderação dos interesses em conflito. Depende, sobretudo, da conscientização dos veículos de imprensa acerca de seu poder social e de seu relevante papel na (in)formação da opinião pública. Essa é uma tensão permanente, com a qual se tem que conviver na democracia.

NOTAS

- (1) **SARMENTO, Daniel**. “Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado”, in *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 265-273.
- (2) **SARMENTO, Daniel**. *Op. Cit.*, pp. 273-277.
- (3) **ANIYAR DE CASTRO, Lola**. “Meios de Comunicação e Insegurança Social”, in *Criminologia da Libertação*. Rio de Janeiro: Revan-Instituto Carioca de Criminologia, 2005, p. 201.
- (4) **DRAPKIN, Israel**, apud **TORON, Alberto Zacharias**. “Notas Sobre a Mídia nos Crimes de Colarinho Branco e o Judiciário: os Novos Padrões”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 9, n. 36, out./dez. 2001, p. 259. Ainda nas palavras de **Lola Aniyar de Castro**: “Se é assim, e se, como diz Luhmann, o poder consiste em reduzir a complexidade da vida social, em vista da limitada capacidade que os homens têm de processar a informação, a comunicação é poder, porque reduz complexidades, entrega o produto pronto, proporciona a ilusão de participação e assume a tarefa de legitimar o mandato” (**ANIYAR DE CASTRO, Lola**. *Op. Cit.*, p. 201).
- (5) **BATISTA, Nilo**. “Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio”, in *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, ano 7, n. 12, 2º sem. 2002, p. 271.
- (6) A respeito do tema: **LOPES JR., Aury**. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 186-193.
- (7) **BARROSO, Luís Roberto**. “Liberdade de Expressão versus Direitos da Personalidade. Colisão de Direitos Fundamentais e Critérios de Ponderação”, in *Temas de Direito Constitucional*. T. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 100-101.
- (8) **MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet**. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 327.
- (9) **Luís Roberto Barroso** aponta que foram as particularidades do caso que levaram o Tribunal Constitucional Alemão a decisão, sendo altamente controvertido o resultado (**BARROSO, Luís Roberto**. *Op. Cit.*, p. 101).
- (10) **SHECAIRA, Sérgio Salomão**. “A Mídia e o Direito Penal”, in *Boletim do IBCCRIM*, nº 45, ago. 1996. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em 08/01/2008.
- (11) STF, Medida cautelar em mandado de segurança nº 24.706-1/DF, rel. min. **Cezar Peluso**, j. em 10.11.2003.

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

A LAVAGEM DE DINHEIRO E A COMUNICAÇÃO DE OPERAÇÕES BANCÁRIAS SUSPEITAS PELO COAF: QUAL MEDIDA A SER ADOTADA PELO *DOMINUS LITI*?

Tatiana Machado Corrêa

1. Histórico

Em 1991, o Brasil ratificou a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas por meio do Decreto nº 154 e comprometeu-se a adotar uma série de medidas relacionadas ao tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, entre as quais a incriminação das condutas de conversão, transferência ou ocultação de bens procedentes do citado delito (artigo 3). Tais condutas já eram conhecidas pela criminologia como lavagem de dinheiro, do inglês *money laundering*, termo que teria surgido na década de 20 do século passado, por ocasião da aplicação em lavanderias do capital obtido com atividades criminosas, entre as quais a venda de bebidas alcoólicas durante a lei seca, por organizações clandestinas norte-americanas, de maneira a confundir a origem do dinheiro obtido ilicitamente.

Cumpramos ressaltar que os Estados Unidos só criminalizaram a lavagem de dinheiro em 1986, por meio do *Money Laundering Control Act* e, apenas dois anos mais tarde, veio a ser promulgada a aludida Convenção de Viena a pretexto de “*privar as pessoas dedicadas ao tráfico ilícito do produto de suas atividades criminosas e eliminar, assim, o principal incentivo a essa atividade*”. Em 1989, foi fundado pelo G7⁽¹⁾ o Grupo de Ação Financeira – GAFI (*Financial Action Task Force on Money Laundering* – FATF), um órgão intergovernamental responsável pela elaboração de recomendações de procedimento de combate à lavagem de dinheiro dirigidas não só aos membros integrantes, entre os quais consta o Brasil, mas possivelmente em escala mundial.⁽²⁾

A respeito da convenção internacional, Rosa del Olmo pronunciou-se tratar-se de típico exemplo de política criminal transnacional que visa à dissolução do Estado de Direito num contexto de globalização.⁽³⁾

Por sua vez, no Brasil, o crime de lavagem de dinheiro só veio a ser tipificado na Lei nº 9.613/98. É crime acessório, cuja configuração depende da existência de indícios suficientes de um dos crimes antecedentes constantes do rol taxativo do art. 1º, da Lei 9.613/98,⁽⁴⁾ o qual inclui outros crimes, além do tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins, razão pela qual a lei é de segunda geração.⁽⁵⁾

O mesmo diploma legal dispôs, no art. 14, sobre a criação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF,

órgão especial de inteligência do Ministério da Fazenda incumbido da identificação de operações suspeitas de lavagem de dinheiro. O COAF integra o *Egmont Group*, instituição informal de cooperação internacional que congrega outras com unidades de inteligência financeira (*financial intelligence units* – FIU).

No âmbito interno, a atuação do COAF não é exclusiva, em virtude do amplo espectro de operações bancárias e financeiras existentes. Assim são atribuídos também a outros órgãos, como o Banco Central, a Secretaria de Previdência Complementar, a Secretaria da Receita Federal, a Comissão de Valores Mobiliários e a Superintendência de Seguros Privados, a fiscalização do sistema, com a adoção de procedimentos com vistas à prevenção e combate às atividades relacionadas com os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores.⁽⁶⁾

2. Das atribuições do COAF

O COAF verifica as operações suspeitas de lavagem de dinheiro, por critérios genéricos, e comunica as autoridades competentes, dentre as quais o Ministério Público.

A Lei nº 10.071/2003, que acrescentou o § 3º ao art. 14 da Lei nº 9.613/98, ampliou os poderes do órgão, que pode requerer informações cadastrais bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas. Segundo Gustavo Badaró⁽⁷⁾ a hipótese configura “*quebra do sigilo bancário sem autorização judicial*”.

3. Dificuldades de apuração

Na prática, tem sido frequente a comunicação, pelo COAF, de movimentações bancárias expressivas por pessoas sem capacidade financeira presumida para tanto, sem maiores pormenores das operações e desacompanhadas de documentos, eis que as informações recebidas pelo órgão de inteligência são prestadas pelas instituições financeiras por meio eletrônico.

Em determinadas ocasiões, a insuficiência de dados mais precisos que viabilizem a atividade persecutória pode, em tese, ensejar a conclusão de falta de justa causa para uma eventual ação penal, com o consequente pedido de arquivamento das peças de informação. No entanto, tal medida não tem sido adotada, em razão dos debates intensificados pelos órgãos de persecução que, em regra, consideram a necessi-

dade do combate mais efetivo no tocante ao crime de lavagem de dinheiro. Adotada essa linha de raciocínio, surge a reflexão sobre qual medida deve adotar o *dominus liti*: a requisição direta de informações às instituições financeiras; o imediato pedido de afastamento judicial dos sigilos bancário e fiscal ou a requisição de inquérito policial para a coleta de outros dados como medida menos gravosa à intimidade e privacidade alheias.

É polêmica a questão sobre a possibilidade do Ministério Público efetuar diligências investigatórias. No item 5 do Decálogo da Investigação Criminal pelo Ministério Público,⁽⁸⁾ consta que o *Parquet* não pode ser mero espectador da investigação, podendo requisitar diligências e também realizá-las diretamente, sempre que se fizer necessário. O procurador da República Claudio Fonteles defende que ao crime de lavagem de dinheiro, espécie do gênero crime contra o sistema financeiro nacional, aplicam-se os arts. 26 e seguintes da Lei nº 7.492/86 que permitem à acusação requisitar diretamente informações que entender necessárias à formação da *opinio delicti*.⁽⁹⁾

Por outro lado, nessas hipóteses, o Poder Judiciário vem se manifestando pela necessidade de afastamento judicial dos sigilos bancário e fiscal, como decidiu a 1ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, por unanimidade, nos autos do HC nº 3753 (Processo nº 2004.02.01.012464-1, rel. juiz federal convocado Alexandre Libonati de Abreu, DJU, S.II, fls. 70/72 06.04.2005):

“I - A decisão judicial que aprecia o pedido de quebra de sigilo fiscal e bancário não se encontra condicionada à existência de diligências prévias, menos gravosas, concluídas, ou em andamento. Entretanto, ao ser proferida deve estar devidamente fundamentada e expor as razões pelas quais o juiz considera a medida indispensável. II(...) III - É lícita a quebra de sigilo bancário e fiscal, judicialmente decretada, para possibilitar ao Ministério Público Federal a coleta de informações para apuração da prática, em tese, de crimes de lavagem de dinheiro, que, por sua especificidade, sem o deferimento da medida, tornam-se de difícil elucidação. IV - Não há se falar em constrangimento ilegal suportado pelos pacientes, em virtude do deferimento da medida de afastamento de sigilo fiscal e bancário, mormente se se considerar a permissão legal prevista no inciso VIII, do § 4º, do art. 1º, da Lei Complementar 105/2001, que dispõe sobre o sigilo das operações financeiras. IV - Ordem denegada.”

4. Conclusão

As colocações supra tiveram por objetivo apenas demonstrar que a questão da apuração do crime de lavagem de dinheiro é por demais polêmica, comportando diversas opiniões.

NOTAS

- (1) Estados Unidos, Japão, Alemanha, França, Itália, Reino Unido e Canadá.
- (2) O órgão identificou países não-cooperantes aos quais ofereceu seus préstimos. Também houve a criação de grupos regionais como o Gafisud (Grupo de Ação Financeira da América do Sul).
- (3) **Saavedra R.; Edgar y Rosa del Olmo.** *La Convención de Viena y el Narcotráfico*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1991.

- (4) Tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; de terrorismo e seu financiamento; (Redação dada pela Lei nº 10.701, de 9.7.2003) de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; de extorsão mediante seqüestro; contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos; contra o sistema financeiro nacional; praticado por organização criminosa; praticado por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B, 337-C e 337-D do Código Penal).
- (5) Não se limita a prever como crime antecedente somente o tráfico de entorpecentes (legislação de primeira geração) nem a permitir que qualquer crime seja considerado antecedente (legislação de terceira geração).
- (6) "Artigo 14: É criado, no âmbito do Ministério da Fa-

zenda, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF –, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades."

- (7) In "Lei nº 10.701, de 9 de julho de 2003: análise inicial das alterações da 'lei de lavagem de dinheiro'", **Boletim IBCCRIM** nº 129 - agosto de 2003.
- (8) Disponível em http://anpr.locaweb.com.br/imagens/Folder_Decalogo.pdf.
- (9) Parecer nº 287/99.

Tatiana Machado Corrêa

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

O DESAFIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA EM FACE DA COMPLEXIDADE DOS SUJEITOS

Vinicius da Silva Machado

A atual prática judicial que se caracteriza pela rotulação dos condenados e pela conseqüente mitigação das particularidades de cada sujeito tende a, cada vez mais, imprimir a idéia de que não se consubstancia uma verdadeira individualização da pena.

Vive-se numa realidade em que se tenta não abominar o "outro", que tampouco é visto como inimigo externo, mas muito mais como alguém que deve ser "socializado", "reabilitado", "curado" até ficar como "nós", na vertente da prevenção especial. O "outro" não é um estrangeiro, é alguém a quem falta os atributos do observador. Falta-lhe civilização, ou socialização, ou sensibilidades.⁽¹⁾

Sob essa ótica, difunde-se a idéia de que, por um sistema penal racionalmente construído, consolidam-se direitos fundamentais, como a individualização da pena, na medida da proposta de adequação da pena a cada indivíduo condenado, almejando-se mesmo uma qualidade quase matemática na aplicação da sanção, tendo sempre como marco a idéia de igualdade de todos perante a lei.

Falha esse modelo quando desconsidera a compreensão complexa do ser humano, segundo a qual não se admite a redução do outro a um sujeito processual e, principalmente, a um adjetivo simplificador representado por jargões jurídicos que, em face de um contexto de complexidade que marca a vida de um indivíduo, nada significam.

O filósofo **Edgar Morin** explana que o princípio de redução é desumano. Exige daquele que cometeu um crime que ele seja permanentemente um criminoso, por essência, monstruoso em tudo. *"Impede de*

compreender que nenhum criminoso é integralmente criminoso."⁽²⁾

Explica **Antonio García-Pablos de Molina**⁽³⁾ que qualquer estereótipo de homem delinqüente acaba desmistificado por uma realidade complexa, plural, diversa. *"Buscar em alguma misteriosa patologia do delinqüente a razão última do comportamento é uma velha estratégia tranquilizadora. Estratégia ou pretexto que, por outro lado, carece de apoio real, pois são tantos os sujeitos 'anormais' que não delinquentes como os 'normais' que infringem as leis."*

Foi essa "estratégia tranquilizadora" que o legislador decidiu adotar como maneira de descaracterizar qualquer forma de apenação arbitrária, a fim de que houvesse uma restrição da margem de atuação do Estado, no que toca à privação da liberdade, e uma certificação de autenticidade e humanidade à pena cominada. Assim, a razão primeira do princípio da individualização da pena encontra-se numa necessidade de adaptação da pena ao condenado, consideradas suas características pessoais e as peculiaridades do delito. Alcançado esse objetivo, acredita-se que perderia força a seletividade penal.

No entanto, como afirma **Alessandro Baratta**,⁽⁴⁾ novamente a realidade fática acaba por mostrar que se faz um esquema de repartição de róis de vítimas e de agressores, numa correspondência com a relação entre grupos sociais privilegiados e "respeitáveis" de um lado, e grupos marginais e "perigosos" de outro. E sobre o último grupo recai uma política repressiva de natureza aberta ou veladamente autoritária sob o manto daquilo que se designa "prevenção local".

E, com efeito, não se pode negligenciar

a existência de uma normalização social, com os seus subaspectos de conformismo, que exerce uma prevenção contra o desvio e elimina-o, se ele se manifesta. Em sentido contrário, a partir da linha teórica elaborada pelo constitucionalista **Michel Rosenfeld**,⁽⁵⁾ o sujeito para quem se individualizará a pena deve ser entendido como um sujeito constitucional complexo. E, na formação de sua identidade, deve-se ter claro que ela se altera com o tempo, além de lhe ser inerente as complexas e ambíguas relações com outras identidades nacionais, étnicas e culturais.

Essa identidade constitucional surge como algo complexo, fragmentado, parcial e incompleto, sobretudo no contexto de uma Constituição viva, de uma *living constitution*, traduzindo-se como produto de um processo dinâmico sempre aberto à maior elaboração e à revisão.

Todavia, intensificando o equívoco da supressão da complexidade humana, a ordem política pré-moderna em que se solidificou o sistema penal insiste na obsessão com a oposição entre o "eu" e o "outro" na medida em que se presume sua capacidade de sustentar uma visão unificada moldada pela religião, pela ética e pelas normas jurídicas, supostamente compartilhadas por todos. No momento em que esse modelo de justiça criminal se enraíza na perspectiva de criação de um "nós" em oposição a um "eles", faz-se necessário admitir que a concepção da primeira categoria implica a geração da outra e que, daí, qualquer relação pode tornar-se sede de um antagonismo, com a percepção de um "outro" como um inimigo que coloca em xeque uma identidade social pré-forjada e imposta.

Em face da inviabilidade de se formar

uma massa homogênea, a discriminação do “outro” desponta como a saída mais fácil para excluir o diferente, num contexto em que o procedimento de individualização da pena acaba se prestando, na realidade, como procedimento de generalização da sanção infundida aos indesejáveis.

Na esteira do ensinamento de **Rosenfeld**,⁽⁶⁾ não se pretende, num Estado democrático de direito, o reforço da concepção do “outro”. Por outra via, o pluralismo constitucional deve pressupor que grupos similares reconheçam os demais indivíduos também como *selves*, também portadores dos mesmos direitos e deveres. É falsa uma estrutura de idéias segundo a qual um autêntico *eu* constitucional só pode impor a sua vontade ao eliminar ou ao desconsiderar o “outro”.

O ideal de integrar todas as diferenças, embora inalcançável, fornece uma útil finalidade crítica que opera como um contrafactual pensado para recordar que todas as identidades constitucionais são falhas, insuficientes e sempre em constante carência de maior aperfeiçoamento e finalização. No entanto, esse mesmo ideal de integração pode nortear um procedimento de individualização da pena, a partir do que os sujeitos são vistos como diferentes entre si, mas respeitados nas suas diferenças. Por fim, abrandar-se-iam os efeitos de uma atomização social que mutila as singularidades e confere a grupos selecionados marcas indelévels de um etiquetamento emer-

so de uma prática em que o simples uso de reiteradas expressões vazias de conteúdo se mostra suficiente para fundamentar a medida da apenação.

Admitindo-se a complexidade social, o sujeito constitucional deve ser reconhecido como sujeito que recorrerá ao discurso constitucional para se identificar e para certificar o respeito a seus direitos fundamentais. Nesse sentido, o problema da (ausência de) individualização da pena se insere na ques-

tão atinente à perspectiva fragmentada e limitada de um juiz singular, que tem um acesso parcial e incompleto à realidade, e a uma fraca motivação em analisar as concretas circunstâncias que permeiam o fato levado a julgamento.

Assim é que se torna uma tarefa extremamente árdua individualizar uma pena para um sujeito constitucional complexo, incompleto e em constante formação, principalmente porque as regras para esse procedimento pressupõem um sujeito estanque e pré-concebido, o que termina por desconsiderar suas virtualidades e por reduzi-lo a um signo que, na maior parte das vezes, é estigmatizante.

Em contraposição, a relação entre o “eu” e o “outro” na aplicação da sanção penal não pode corresponder a uma relação de subordinação, mas a uma relação em que um sujeito — o julgador — observe as circunstâncias específicas e únicas da conduta típica imputada a outro sujeito, para tor-

nar menos paradoxal uma individualização da pena para seres relegados a uma condição de anulação social.

É pressuposto de uma séria discussão acerca de uma possível individualização da pena a refutação da idéia de reconhecimento dos sujeitos complexos como blocos de uma entidade unificada e homogênea, dotada de uma única vontade geral, sob pena de se promover o esmagamento dos marginalizados. Ao fim, é substancial que o pluralismo vigore juntamente com as liberdades individuais, sem se render à crença da possibilidade de um domínio total e de uma harmonia final e à ilusão de que o princípio da individualização da pena possa fornecer a si mesmo as suas próprias razões.

NOTAS

- (1) **YOUNG, Jock.** *A Sociedade Excludente: Exclusão Social, Criminalidade e Diferença na Modernidade Recente.* Trad. **Renato Aguiar**, Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 21.
- (2) **MORIN, Edgar.** *O Método 6: Ética.* Trad. **Juremir Machado da Silva**, 2ª ed., Porto Alegre: Sulina, 2005, p. 117.
- (3) **GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio.** *Criminologia.* Trad. **Luiz Flávio Gomes**, 4ª ed., São Paulo: RT, 2002, p. 76.
- (4) **BARATTA, Alessandro.** “La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 29, pp. 27-51, jan.-mar. 2000. p. 31.
- (5) **ROSENFELD, Michel.** *A Identidade do Sujeito Constitucional.* Trad. **Menelick de Carvalho Netto**, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 17.
- (6) *Op. cit.*, p. 35.

Vinicius da Silva Machado

Mestrando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB), bacharel em Direito pela UnB e membro do grupo de pesquisa “Sociedade, Controle Penal e Sistema de Justiça”, da Faculdade de Direito da UnB

O CABIMENTO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO NOS CASOS EM QUE A PENA DE MULTA É ALTERNATIVA À PRIVAÇÃO DE LIBERDADE

Gabriel Bertin de Almeida

Desde 1995, quando da edição da Lei 9.099/95, ainda não conseguimos resolver todos os problemas decorrentes da aplicação de seus institutos. Quanto à suspensão condicional do processo, em particular, uma discussão que acreditamos esteja chegando ao fim é a referente a seu cabimento nos crimes em que a pena de multa é uma alternativa à pena privativa de liberdade, e não um *plus*.

Diz o artigo 89, da Lei 9.099/95, que a suspensão condicional do processo cabe nos “crimes em que a pena mínima comina- da for igual ou inferior a 1 (um) ano, abran-

gidas ou não por esta lei...”. Nesses casos, pouco importa se há ou não pena de multa cumulada.

Porém, há casos em que a pena de multa não é cumulada, mas aplicável como alternativa à pena privativa de liberdade. Nesses casos, a expressão legal é “... ou multa”, e não “...e multa”. Em várias dessas situações (“...ou multa”), a pena privativa de liberdade mínima prevista é superior a 1 (um) ano. É o que ocorre sobretudo com os crimes contra a ordem econômica e contra as relações de consumo, previstos nos artigos 4º, 5º

e 7º da Lei 8.137/90. Neles, a pena de multa é sempre uma alternativa à pena privativa de liberdade. Vejamos um exemplo: se alguém induz o consumidor a erro, fazendo afirmação falsa sobre a natureza da coisa (art. 7º, VII), fica sujeito a uma pena de detenção de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Pergunta-se, então, se cabe ou não a suspensão condicional do processo em uma hipótese como essa. A resposta depende basicamente de qual deve ser considerada a pena mínima. Embora o artigo 89 da Lei 9.099/95 só faça referência à

pena privativa de liberdade, parece evidente que qualquer outra pena prevista, seja restritiva de direitos, seja de multa, como alternativa à privação de liberdade, deve ser considerada a pena mínima.

Em nosso sistema de distribuição de penas, há inequívoca gradação, conforme sua gravidade. É o que se vê do artigo 32 do Código Penal: privação de liberdade, restrição de direitos e multa. Tanto é assim que apenas infrações muito leves, usualmente contravenções, são apenadas exclusivamente com multa. A restrição de direitos, por sua vez, é aplicada quase sempre em substituição à privação de liberdade, nos termos do artigo 44 do Código Penal, justamente como benefício ao acusado. A pena privativa de liberdade, por fim, é, segundo a criminologia moderna, medida grave, de eficácia duvidosa, recomendável apenas para casos graves.

Diante desse panorama, é certo que em nosso sistema a pena mais grave é a privativa de liberdade e a mais leve é a de multa. Mesmo que ambas possam variar dentro dos limites legais, parece indubitosa a gradação legal mencionada.

Portanto, em casos como o acima utilizado como exemplo, em que a pena prevista é de “2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa”, a pena mínima prevista é a de multa, posto que pode ser aplicada isoladamente. Assim, pouco importa, para efeito da proposta de suspensão condicional do processo, o mínimo da pena privativa de liberdade prevista.

Uma recente decisão do Supremo Tribunal Federal, unânime, deve contribuir para a pacificação da discussão. Vejamos trechos do voto do relator, ministro **Cesar Peluso**:

“Para a suspensão condicional do processo, a Lei nº 9.099/95 exige que a infração imputada ao réu tenha mínima cominada igual ou inferior a 1 (um) ano.

Entendo que entra no âmbito de admissibilidade da suspensão condicional a imputação de delito que comine pena de multa de forma alternativa à privativa de liberdade, ainda que esta tenha limite mínimo superior a 1 (um) ano.

Nesses casos, a pena mínima cominada, parece-me óbvio, é a de multa, em tudo e por tudo, menor em escala e menos gravosa do que qualquer pena privativa de liberdade ou restritiva de direito. É o que se tira ao art. 32 do Código Penal, onde as penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa são capituladas na ordem decrescente de gravidade.

Por isso, se prevista, alternativamente, pena de multa, tem-se por satisfeito um dos

requisitos legais para a admissibilidade de suspensão condicional do processo.

É o que convém ao caso.”⁽¹⁾

Aliás, no julgamento do referido *habeas corpus*, o próprio Ministério Público, através da Procuradoria-Geral da República, entendeu ser cabível a proposta da suspensão condicional do processo quando a pena de multa pode ser a única aplicada:

“5. A impetração, no que lhe assiste razão, insiste na tese do cabimento da suspensão condicional do processo. Com efeito, para os delitos do art. 7º da Lei 8.137/90 são cominadas as penas alternativas de reclusão, de 2 a 5 anos, ou multa. Tais as circunstâncias, bem demonstram a esmerada petição que, para fins de aplicação do art. 89 da Lei 9.099/95, a pena mínima a ser considerada é a de multa que, em tese, pode ser a única aplicada.

[...]

6. Tal o quadro, resulta caracterizado o constrangimento ilegal decorrente do ato da Procuradoria-Geral de Justiça que, incorretamente, afirmou a impossibilidade jurídica da suspensão condicional do processo.

7. Isso posto, retificando-me a manifestação anterior, opino pelo deferimento da ordem, com extensão de ofício ao corréu, para que, reconhecida em tese a possibilidade de suspensão condicional do processo cuja proposta foi indevidamente recusada, gerando ameaça à liberdade do paciente, retornem os autos ao Ministério Público estadual para manifestação fundamentada do promotor de Justiça sobre a oportunidade ou não da proposta de suspensão do processo.”⁽²⁾

Essa também é a opinião daqueles que idealizaram a lei, mencionada no acórdão do Supremo, que formam a doutrina mais autorizada sobre o tema:

“Nas hipóteses em que penas diversas vêm cominadas alternativamente (prisão mínima acima de um ano ou multa, ad exemplum, art. 4º, 5º e 7º da Lei 8.137/90), nos parece muito evidente o cabimento da suspensão do processo, pela seguinte razão: a pena mínima cominada é a de multa. Se a lei (art. 89) autoriza a suspensão condicional do processo em caso de pena privativa de liberdade mínima até

um ano, a fortiori, conclui-se que, quando a pena mínima cominada é a multa, também cabe tal instituto. Pouco importa que a multa seja, no caso, alternativa. Se o legislador previu tal pena como alternativa possível é porque, no seu entender, o delito não é daqueles que necessariamente devam ser punidos com pena de prisão. Se, para os efeitos de prevenção geral, contentou-se a lei, em nível de cominação abstrata, com a multa alterna-

tiva, é porque, conforme seu entendimento, não se trata de delito de alta reprovabilidade. Sendo assim, entra no amplo espectro da sua nova política criminal de priorizar a ressocialização do infrator por outras vias, que não a prisional. Na essência da suspensão condicional, ademais,

outros interesses estão presentes: reparação da vítima, desburocratização da Justiça etc. Para os crimes de média gravidade (e dentro desse conceito entram evidentemente os delitos punidos em abstrato com pena — alternativa — de prisão ou multa) a resposta estadual adequada é a de que acaba de ser descrita.”⁽³⁾

Dessa breve exposição, vê-se que a suspensão condicional do processo cabe em todos aqueles crimes que tenham pena mínima igual ou inferior a 1 (um) ano, incluindo-se no conceito de pena mínima inferior a 1 (um) ano as restritivas de direitos e de multa, se previstas com exclusividade ou como opção alternativa à privação de liberdade.

NOTAS

(1) STF, 2ª T., HC 83.926-6, rel. min. **Cesar Peluso**, j. 07.08.07.

(2) Parecer do PGR no HC 83.926-6.

(3) **GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flavio**. Juizados Especiais Criminais. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 255-265.

Gabriel Bertin de Almeida

Advogado, professor de Processo Penal na PUC/PR, campus Londrina, mestre e doutorando em Filosofia pela USP, membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, membro da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e membro do Instituto de Defesa do Direito de Defesa

UMA RELEITURA DA PRISÃO EM FLAGRANTE

André Adriano do Nascimento Silva

Para que se dê a prisão em flagrante, o art. 302 do Código de Processo Penal afirma taxativamente que: “*Considera-se em flagrante delito quem: I – está cometendo a infração penal; II – acaba de cometê-la; III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.*”

No entanto, mesmo que *a priori* possível a prisão em flagrante (o agente seja preso cometendo a infração penal, por exemplo), sua manutenção deverá ser ratificada pelo Poder Judiciário — que será imediatamente comunicado da prisão realizada (art. 5º, LXII da CF e art. 306 do CPP) —, através da verificação da presença dos requisitos e formalidades legais para que seja válida a privação cautelar da liberdade. E, para tanto, seguirá uma ordem lógica, analisando: *i.* a possibilidade da efetivação da prisão em face do crime praticado (art. 313 do CPP); *ii.* a adequação da prisão a uma das hipóteses do art. 302 do CPP; *iii.* o cumprimento das formalidades legais⁽¹⁾ em relação ao auto de prisão em flagrante (*v.g.*, entrega da nota de culpa em 24 horas); e *iv.* a necessidade da prisão (primeira parte do art. 312 do CPP). Faltando qualquer dos três primeiros requisitos, o juiz relaxará imediatamente a prisão porque ilegal; ausente o último deles, considerará a prisão desnecessária e concederá liberdade provisória.

Genericamente, resumindo os requisitos para que se dê qualquer prisão processual (e não só a prisão em flagrante), **Antonio Magalhães Gomes Filho**⁽²⁾ afirma que o magistrado deverá verificar: “*a) se a providência é admissível, diante da gravidade da infração, nos termos do citado art. 313; b) se existe uma probabilidade de condenação, pela constatação dos requisitos probatórios mínimos indicados pela lei — prova da existência do crime e indício suficiente de autoria —, que constituem o mencionado fumus boni iuris*” (art. 312, parte final); *c) se ocorre, ainda, o perigo de que a liberdade do acusado possa comprometer a ordem pública ou a ordem econômica, prejudicar a regular realização da instrução do processo, ou frustrar a futura execução de uma pena que possa vir a ser imposta* (art. 312, primeira parte).”

Assim, temos que “*a prisão cautelar, em cada uma de suas espécies (...), serve, portanto, para fins processuais, ou seja, para ser utilizada apenas como instrumento de garantia e proficuidade do processo penal. Não pode ser medida de antecipação de eventual e incerta pena*

futura, também não serve para dar satisfação à sociedade, à opinião pública ou à opinião publicada. Tem caráter essencialmente processual, enquanto a prisão-pena, diversamente, tem matiz penal”⁽⁴⁾.

Desse modo, podemos afirmar com tranquilidade que os requisitos para averiguar a necessidade da prisão, que constam na primeira parte do art. 312 do Código de Processo Penal, embora estejam localizados no capítulo da *prisão preventiva*, devem ser observado para todos os tipos de prisão cautelar.⁽⁵⁾ É o que se conclui da leitura do parágrafo único do art. 310⁽⁶⁾ do Código de Processo Penal e do inciso LXVI⁽⁷⁾ do art. 5º da Constituição Federal.

No que toca ao parágrafo único do art. 310 do CPP, incluído pela Lei n. 6.416, de 24.05.1977, afirma **Alberto Silva Franco**⁽⁸⁾ que a criação desse parágrafo “*criou, de um lado, para o indivíduo privado de sua liberdade, o direito subjetivo processual de readquiri-la, desde que não ocorra nenhuma das hipóteses autorizadoras da prisão preventiva, e de outro lado, para o juiz, o dever de verificar — e, quando necessário, pesquisar — se a prisão em flagrante é necessária, não podendo eximir-se da motivação dessa necessidade. Assim, num rigor lógico, não pode o magistrado fugir à alternativa: ou a prisão em flagrante não é necessária, e, nesse caso, deve ser reconhecido ao preso o direito à liberdade provisória, haja ou não requerimento expresso neste sentido do atuado, ou a prisão em flagrante é necessária, e, nessa situação, o juiz deve mantê-la, motivando sua necessidade*”.

Até aqui esboçou-se a visão tradicional que a doutrina tem em relação ao tema. Mas conforme afirma o título deste artigo, o que se procura em seu desenvolvimento é uma releitura sobre a prisão em flagrante, e para tanto uma afirmação se faz necessária: *ilegal é o que é contra a lei*.

Por mais óbvia que tal afirmação possa ser — e já peço desculpas pela obviedade —, veremos que, na prática, isso não é assim tão claro. Diz-se que a prisão que contraria o art. 313, por exemplo, é ilegal, mas a que contraria o art. 312 é legal, porém desnecessária. Não haveria, aqui, um contra-senso?

No momento em que se afirma que a prisão que não atende às formalidades legais deve ser relaxada por ser ilegal, também se diz que se não houver cautelaridade, ou seja, se não obedecer ao mandamento legal do art. 312 não é ilegal, mas somente desnecessária.

Nesse sentido, dois inocentes — frise-se que em toda prisão processual estamos falando em um inocente, tendo em vista o

princípio constitucional da inocência,⁽⁹⁾ ou seja, até uma condenação final não há um culpado — presos ilegalmente podem receber tratamento diverso. Explico: se a ilegalidade for decorrente da infringência de um artigo (313) será o inocente colocado em liberdade plena; se a infringência for de outro (312) será colocado em liberdade provisória.⁽¹⁰⁾

Tal assertiva contraria frontalmente o princípio da igualdade (ou isonomia),⁽¹¹⁾ direito fundamental da pessoa humana previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal e, da mesma forma, atinge o princípio da liberdade, previsto no mesmo artigo, segundo o qual a liberdade é regra em todo o ordenamento jurídico e, taxando a liberdade decorrente de uma prisão ilegal de *provisória*, estar-se-ia invertendo a regra pela exceção, impondo-se condições para que o inocente preso ilegalmente permaneça em liberdade.

Assim, sempre que ocorrer uma prisão ilegal, independente do tipo de ilegalidade — em obediência aos princípios da igualdade e da liberdade —, deve ser concedido imediatamente o relaxamento da constrição à liberdade, sem a imposição de qualquer condição ao inocente, mantendo-se assim a regra do Estado Democrático de Direito: a liberdade. Só assim obedeceremos ao que determina o art. 5º, LXV da Constituição Federal, *litteris*: “*a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária*”.

Lembre-mos da obviedade: *ilegal é o que é contra a lei*. Logo, se a lei diz que a prisão deve ser necessária e, no caso concreto, ela não é, a prisão não é apenas *desnecessária*, mas igualmente é *ilegal*, e assim deverá ser relaxada.

Outro ponto da prisão em flagrante que deve ser analisado sob outro enfoque é o *caput* do art. 310: se o juiz verificar que o fato apresentado é acobertado por causa excludente do crime, ao invés de restaurar a regra, a liberdade, “*concederá ao réu liberdade provisória*”. Aqui, gritante é a ofensa ao princípio da inocência. Se o juiz verifica que sequer há crime, impossibilitando a imposição de qualquer tipo de sanção criminal ao agente, mesmo assim limitará cautelarmente a liberdade da pessoa, pois tal liberdade será *provisória*...

E não é só. Uma releitura também há de ser feita em relação ao art. 313 do Código de Processo Penal: a prisão processual apenas poderá ser efetivada nas hipóteses em que o crime que a fundamenta tenha pena cujo regime inicial de cumprimento seja o fechado. Desse modo, em regra, ficam ex-

cluídos da prisão processual todos aqueles crimes punidos com detenção, ou mesmo os punidos com reclusão, mas nos quais a pena abstratamente cominada seja reduzida, de modo que o início do cumprimento da pena possa ser em regime diverso do fechado, ou mesmo quando possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Em outras palavras: se ao final do processo, quando e se condenado, o agente só puder iniciar o cumprimento da pena no regime semi-aberto, aberto ou mesmo seja possível a aplicação de pena restritiva de direito, cautelarmente não pode ficar preso em regime mais gravoso do que aquele que ficaria se condenado fosse, ou seja, mais gravosa seria a prisão processual do que a prisão penal. Seria uma prisão desproporcional (a prisão *meio* — cautelar — seria mais grave que a prisão *fim* — cumprimento efetivo da pena); “é o mesmo que o médico (juiz) impor ao paciente (investigado/acusado) remédio (prisão cautelar) com efeitos colaterais piores que a doença (eventual condenação).”⁽¹²⁾

Assim, por exemplo, no crime de furto (art. 155, *caput* do CP) em que a pena máxima é de quatro anos de reclusão, não poderia haver prisão processual, pois ao final do processo, o máximo de pena aplicada (quatro anos) não seria suficiente para que se impusesse o regime fechado (a menos, é claro, que fosse o condenado reincidente).

Afinal, temos que nos pautar sempre pelo raciocínio de que se o Direito Penal é a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, a prisão é a *ultima ratio* do próprio Direito

Penal e com mais razão do processo penal, sendo cabível apenas em casos extremos e de comprovada e concreta necessidade.

NOTAS

- (1) Não se deve diminuir a importância da obediência às formalidades processuais, pois “a regulamentação das formas processuais constitui garantia das partes e da correta prestação jurisdicional” (Ada Pellegrini Grinover; Antonio Scarance Fernandes; Antonio Magalhães Gomes Filho. *As Nulidades no Processo Penal*. 8ª ed., São Paulo: RT, 2004, p. 344).
- (2) *A Motivação das Decisões Penais*. São Paulo: RT, 2001, p. 221.
- (3) “No processo penal, (...) as clássicas expressões devem ser adaptadas às peculiaridades do direito material tratado naquele ramo processual, qual seja, o Direito Penal em cujo contexto resta uma luta entre direitos sempre indisponíveis: o ius puniendi ius libertatis”, assim a expressão *fumus boni iuris* “deve receber a denominação de *fumus commissi delicti*” (Maurício Zanoide de Moraes et al. *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, vol. 3, 2ª ed., São Paulo: RT, 2004, p. 199).
- (4) Maurício Zanoide de Moraes et al, ob. cit., p. 199.
- (5) Anote-se que, em se tratando de prisão temporária, há outros requisitos, conforme se pode observar na Lei n. 7.960/89.
- (6) “Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação. Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).”
- (7) “LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.”
- (8) *Crimes Hediondos*. 5ª ed., São Paulo: RT, 2005, p. 496.
- (9) “La presunción de inocencia no es solo una ga-

rantía de *liberidad y de verdad*, sino también una garantía de *seguridad* o si se quiere de *defensa social*: de esa ‘seguridad’ específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica ‘defensa’ que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo” (Luigi Ferrajoli. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 8ª ed., Madrid: Trotta, 2006, p. 549).

- (10) Aqui, importante salientar a afirmativa de Eugênio Pacelli de Oliveira, no sentido de que tal liberdade é provisória pois “provavelmente a condenação, ao final do processo, viria pôr fim àquela situação de liberdade *tolerada*”, lembrando que na época da edição do nosso atual Código de Processo Penal “a prisão em flagrante delito autorizava o juízo de antecipação da responsabilidade penal”, “por isso, a atribuição do predado provisória para a liberdade, e não para a prisão” (Curso de Processo Penal. 6ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 413). No mesmo sentido, Alberto Silva Franco relata discussão acerca da locução *liberdade provisória*, anteriormente à Constituição Federal de 1988: “Para alguns, haveria uma verdadeira contradição em termos, em cogitar-se de uma liberdade provisória. O que pode ser provisório é a prisão, jamais a liberdade. Para outros, seria mais correto falar em ‘liberdade limitada’, ou ‘liberdade vinculada’, ou, simplesmente, em ‘liberdade’ sem nenhuma qualificação. Como enfatiza, no entanto, Girolamo Bellavista, ‘se o acusado não viola as obrigações impostas ou não se entrega à fuga, a liberdade concedida, longe de ser provisória, é, em verdade, definitiva até a irrevogabilidade da eventual condenação’” (ob. cit., p. 495).
- (11) Luigi Ferrajoli ressalta a necessidade da observância dos princípios da igualdade e da liberdade no processo penal, afirmando que: “El imputado debe comparecer *libre* ante sus jueces, no solo porque así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también — es decir, sobre todo — por necesidades procesales: para que quede situado em pie de igualdad com la acusación (...)” (ob. cit., p. 559).
- (12) Maurício Zanoide de Moraes et al, ob. cit., p. 200.

André Adriano do Nascimento Silva

Advogado em São Paulo

IMPUTAÇÃO PENAL E RECEBIMENTO DA DENÚNCIA: ONDE ESTÁ A DEFESA?

Marcus Alan de Melo Gomes

Estabelecer a distinção entre *processo* e *procedimento* foi uma preocupação que, durante muito tempo, inquietou os processualistas. Há certo consenso, entretanto, de que a partir de Oscar Bülow⁽¹⁾ essa diferença foi satisfatoriamente estabelecida.⁽²⁾ Processo — de *pro caedere*, que significa *seguir adiante* — é a direção de movimento da jurisdição. Representa o “conjunto orgânico e teleológico de atos jurídicos necessários ao julgamento ou atendimento prático da pretensão do autor, ou mesmo de sua admissibilidade pelo juiz”, nos termos empregados por Afrânio Silva Jardim.⁽³⁾ Nesse sentido, o processo é instrumento da jurisdição, e persegue uma finalidade: “o provimento judicial final, com a solução da controvérsia e a concretização da atuação do direito.”⁽⁴⁾ O procedimento, a seu turno, constitui o modo

com que o processo se movimenta para realizar a jurisdição. É a forma do processo, sua exteriorização. São os diversos caminhos que o processo pode tomar para atingir a decisão judicial. É, enfim, o *rito* do processo. Processo e procedimento se distinguem, destarte, pois “enquanto aquele corresponde ao movimento no seu aspecto intrínseco, com uma projeção ideal, este representa o mesmo movimento, visualizado, todavia, em sua forma extrínseca, concretamente (...)”.⁽⁵⁾ Essa diferenciação permite falar em diversos tipos de processo e de procedimento. Interessa-nos aqui, para os fins deste artigo, entender as razões pelas quais tantos ritos são admitidos no processo penal, e os reflexos que essa multiplicidade procedimental pode gerar sobre o exercício do direito de defesa.

Os ritos do processo penal variam, sobretudo, segundo a gravidade abstrata do delito (entenda-se *qualidade* e *quantidade* da pena abstratamente cominada), a complexidade dos fatos objeto da imputação, e as particularidades do crime⁽⁶⁾ em especial no que diz respeito aos meios de execução exigidos pela sua definição típica. Esses critérios autorizam a instituição de tantos ritos quanto mais amplo for o espectro de abrangência da lei penal. A diversidade de procedimentos corresponderá, assim, à prodigalidade no emprego da norma penal como instrumento de *opressão social* — não de *controle social* — à variedade de bens jurídicos eleitos pelo legislador, e à intensidade da resposta penal. Em um país como o Brasil, onde a intervenção penal se converteu no discurso

preferido — conquanto o menos eficiente — das instâncias formais de controle, essa relação vem propiciando uma multiplicação incontida de ritos e de incidentes processuais penais, que nem sempre revelam harmonia com as garantias fundamentais da ampla defesa e do contraditório.

Segundo a classificação doutrinária tradicional, os procedimentos no processo penal se dividem em *comum* e *especial*. O procedimento comum abrange os procedimentos *ordinário* — em que vigora a solenidade, havendo maior número de atos processuais e prazos mais largos — *sumário* e *sumaríssimo*. Os procedimentos *especiais*, por sua vez, são os que revelam forma peculiar, para se ajustar às particularidades da infração penal. Todos eles, entretanto, são compostos por três fases: *postulatória*, destinada à imputação pelo órgão acusador e à reação inicial da defesa; *instrutória*, reservada à produção da prova e últimas alegações; e, por fim, a fase *decisória*, para a sentença. Nada obstante essa seqüência comum de etapas, o que se observa no ordenamento jurídico brasileiro é uma oscilação no conteúdo de cada uma delas, permitindo que, em determinados ritos, o acusado tenha mais oportunidades de defesa na fase postulatória do que em outros procedimentos. E a incongruência chegou a tal ponto que, no mais das vezes, é no rito ordinário que a defesa menos intervém para a formação do juízo de admissibilidade da denúncia.

Nem sempre foi assim, todavia. Em inúmeros países — independentemente do perfil do sistema jurídico adotado, se de *civil law* ou *common law* — o procedimento ordinário aglutina as três fases em dois níveis: num primeiro instante, logo após a etapa preliminar de investigação, deduz-se a pretensão acusatória, com a delimitação do fato imputado, facultando-se à defesa um gesto inicial de reação ou resistência, consistente em alegações — orais ou escritas — e apresentação de provas para a formação do juízo de admissibilidade da acusação; num segundo momento, e uma vez admitido o processamento da imputação, passa-se à instrução ampla, com a finalidade de se produzir prova para a formação do juízo de convencimento sobre o mérito.⁽⁷⁾ No estágio inicial, portanto, permite-se que a defesa interfira na verificação da *justa causa* para a ação penal; no estágio final, se lhe assegura o direito de demonstrar que, naquele processo, nada mais há além da *justa causa* vislumbrada pelo juiz, e que não é bastante para a condenação. No Brasil, essa era a dinâmica do procedimento ordinário até o advento do Código de Processo Penal de 1941, quando a etapa destinada ao contraditório no juízo de admissibilidade da denúncia foi suprimida. Paradoxalmente, em alguns ritos especiais, já

àquela época, tal sistemática foi mantida. Foi o que se deu com o procedimento dos crimes atribuídos a funcionários públicos (arts. 513 a 518 do CPP). Mais tarde, o mesmo tratamento legal viria a ser dado às infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 81 da Lei nº 9.099/95) e ao tráfico ilícito de entorpecentes (art. 55 da Lei nº 11.343/06), hipóteses em que a gravidade abstrata dos delitos está em posições diametralmente opostas.

A despeito do que pensam aqueles para os quais a resistência preliminar à imputação constitui medida desnecessária e comprometedora da celeridade processual,⁽⁸⁾ parece indubitoso que a supressão desta etapa no rito ordinário (arts. 394 a 405 e 498 a 502 do CPP) causa prejuízos à defesa, além de representar mácula à isonomia e à proporcionalidade constitucionais.

Primeiro, porque o deslocamento da primeira manifestação da defesa técnica para após o interrogatório (art. 395 do CPP) coloca o acusado em posição de absoluta inferioridade, incapaz de fornecer ao juiz elementos que permitam vislumbrar a fragilidade probatória da imputação — afastando, desde logo, o reconhecimento da justa causa e evitando a admissão de ação penal temerária — ou de apontar vícios e irregularidades processuais que afetem a validade do processo, até mesmo por inépcia da peça acusatória (arts. 41 e 43 do CPP). Não se pode esquecer que, muito embora a Constituição Federal de 1988 tenha optado pelo sistema acusatório, informado pelos princípios do estado de inocência, devido processo legal, ampla defesa, contraditório, prevalência do interesse do réu, direito ao silêncio etc., o Código de Processo Penal persiste com uma sistemática de investigação policial inquisitiva, em que o investigado quase nada pode. Isto significa que todo o material apresentado ao juiz para a formação de sua convicção sobre a admissibilidade da acusação — reunido, via de regra, no inquérito policial — é colhido à distância do denunciado, sem sua participação, que, quando ocorrente, se restringe ao interrogatório. Essa dinâmica é, hoje, contundentemente criticada. Muitos sustentam que o inquérito policial, como etapa da *persecutio criminis* de crucial importância, sobretudo para a delimitação da acusação — e, conseqüentemente, da defesa — deva se submeter à ampla defesa consti-

tucional.⁽⁹⁾ Na prática, todavia, tapam-se os ouvidos para esses argumentos, e o suspeito continua a ser tratado como *objeto* da investigação. Isto resulta em que, para o recebimento da denúncia no rito ordinário, o juiz acaba por prescindir de qualquer ato do acusado ou da defesa, que, por sua vez, e quando muito, apenas “assistiram” ao inquérito policial.⁽¹⁰⁾ A violação à ampla defesa, pela *disparidade de armas*, é clara.

Segundo, porque ao não admitir a resistência preliminar à acusação no rito ordinário, porém prevê-la para determinados ritos especiais, a lei processual penal brasileira trata distintamente situações, em essência, iguais. O pedido na ação penal condenatória é sempre o mesmo: a condenação do réu e a aplicação das conseqüências jurídicas correspondentes.⁽¹¹⁾ A procedência desse pedido ensejará, invariavelmente, a mesma solução: a

imposição da pena, com os efeitos extrapenais da condenação. E o que é mais importante: o estigma do processo penal e da condenação não escolhe delicto, nem delinqüente, tampouco tem preferência por pena. Alcança todos. Marca quem experimenta a intervenção penal com uma espécie de sinal, de tatuagem moral que o acompanhará por muitos anos, senão pelo resto da vida. Quem, por uma única vez, ingressa na dinâmica da repressão penal, será, por longo tempo, apontado como criminoso ou como alguém com quem a amizade ou o convívio não são recomendáveis, independentemente do resultado do processo. Nesse sentido, responder a ação penal por crime apenado com reclusão, que diga respeito a fato complexo, de difícil apuração, ou por delito de peculiar execução, é indiferente. Ora, se a simbologia do discurso penal não poupa ninguém, por que conferir a uns maiores oportunidades de defesa, permitindo-lhes reagir à acusação logo no início da *persecutio criminis in iudicio*, mas não facultar a outros essa mesma possibilidade? Em caso de condenação, não estarão todos submetidos à pena? Não serão todos considerados *culpados*? Em caso de absolvição, não estarão todos marcados com a pecha de quem, algum dia na vida, já respondeu a um processo penal? Vale aqui a metáfora: se todos estão na mesma montanha-russa, por que apenas alguns têm direito ao cinto de segurança? O tratamento legal não é, portanto, isonômico.

A despeito do que pensam aqueles para os quais a resistência preliminar à imputação constitui medida desnecessária e comprometedora da celeridade processual, parece indubitoso que a supressão desta etapa no rito ordinário causa prejuízos à defesa, além de representar mácula à isonomia e à proporcionalidade constitucionais.

Terceiro, porque as justificativas apresentadas para a diversidade de procedimentos nem sempre são observadas. A gravidade abstrata do delito — aspecto que recomendaria o emprego de ritos mais longos, com maior “amplitude de defesa” — serve, muitas vezes, para legitimar procedimentos especiais, voltados à celeridade da prestação jurisdicional.⁽¹²⁾ Como explicar, por exemplo, que o réu ao qual se imputa a prática de tráfico de entorpecentes (art. 33 da Lei nº 11.343/06) — crime punido com pena de reclusão, de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, além de multa — tenha direito à resposta escrita antes da decisão do juiz sobre a admissibilidade da denúncia, mas o acusado ao qual se atribui o cometimento de latrocínio (art. 157, § 3º, do Código Penal), não o tenha? Pior. Como explicar essa incoerência de tratamento quando o paradigma for o furto qualificado (art. 155, § 2º e incisos do Código Penal), em que o réu, além de não ter direito a medidas despenalizadoras como o *sursis* processual, também não pode oferecer resistência preliminar à imputação? A desproporcionalidade repressiva que tem caracterizado a dinâmica da criminalização primária — atividade legislativa de seleção de bens jurídicos e cominação de penas — alcançou a disciplina procedimental do processo penal.

A solução para tamanha discrepância parece estar, mais uma vez, nas mãos do juiz. Ou melhor, na interpretação que o juiz deve dar ao texto da Constituição.

Geraldo Prado⁽¹³⁾ lembra que a relação entre a Constituição e o processo penal decorre não apenas da natureza pública dos ramos jurídicos que integram, mas, sobretudo, da circunstância de envolverem um objeto comum, de especial valor: a proteção aos direitos fundamentais e a separação de poderes. Esse núcleo cuja repartição tanto aproxima o processo penal do texto constitucional alimenta também o sistema acusatório. Talhar uma dinâmica de intervenção penal que permita às instâncias oficiais de controle, com equilíbrio e racionalidade, aplicar a lei penal com o máximo de preservação dos direitos fundamentais — liberdade, integridade física, honra, imagem, incolumidade da vida privada etc. — é a meta do sistema acusatório no Estado Democrático de Direito. E isso não se faz sem a divisão clara de funções no processo penal (acusação, defesa e julgamento), sem que se confundam os protagonistas dessas funções (acusador, defensor e juiz), sem a contaminação do julgador pela iniciativa na produção da prova (gestão da prova), mas, especialmente, sem o juiz que confira à Constituição o seu valor maior no ordenamento jurídico, e que a ela ajuste, quando possível, a norma infraconstitucional, ou desta retire eficácia,

quando a interpretação conforme não for possível. Isto implica afirmar a possibilidade — a bem da verdade, o *dever* — de o juiz aplicar as normas processuais de modo a preencher o sentido dos princípios constitucionais e preservar os direitos fundamentais, valendo-se, para tanto, de todos os recursos de interpretação e de integração do sistema normativo de que dispuser. Perfeitamente razoável concluir, portanto, que o juiz, para assegurar ao acusado o exercício da ampla defesa, bem como fazer prevalecerem a isonomia e proporcionalidade constitucionais, pode, sem qualquer mácula ao devido processo legal, determinar a intimação do denunciado para que, em certo prazo — cuja duração pode ser fixada analogicamente — apresente, no processo penal de rito ordinário, resistência preliminar à acusação, por meio de resposta escrita, facultando-lhe a produção de prova, sem prejuízo da realização de diligências, a fim de, apreciando todos os argumentos iniciais de postulação, formular juízo de admissibilidade da denúncia, à semelhança do que ocorre em alguns ritos especiais aqui já mencionados. Um pequeno gesto procedimental do julgador, revestido, todavia, de relevante significado constitucional.

Nem se argumente que estaria o juiz, com essa iniciativa, a criar rito não previsto em lei. Por razões semelhantes, admite-se, em hipóteses análogas, a introdução no processo de um ato não expressamente estabelecido pela norma. Não se fala que o juiz esteja a criar procedimento quando, por exemplo, designa audiência para manifestação do denunciado e de seu defensor sobre a proposta de suspensão condicional do processo constante da denúncia, muito embora o art. 89 da Lei nº 9.099/95 não preveja tal providência. Não se fala que o juiz esteja a criar procedimento quando, por exemplo, concede liminar em *habeas corpus*, muito embora a lei processual penal não preveja explicitamente tal modalidade de decisão no rito do HC. E não se fala que o juiz crie procedimento nesses casos por um motivo bem simples: tanto a audiência no *sursis* processual — cuja aceitação constitui ato personalíssimo do denunciado — quanto a liminar no *habeas corpus* constituem medidas que ora realizam o sentido de princípios constitucionais (ampla defesa), ora preservam garantias fundamentais (liberdade).

Ademais disso, a resistência preliminar do denunciado no rito ordinário não causaria nenhum prejuízo à acusação. Ao contrário, o recebimento da denúncia, mesmo com a manifestação prévia do réu, é evidência de um juízo mais seguro sobre a justa causa da ação penal e o preenchimento das exigências de forma da peça acusatória. Assim se dá nos ritos especiais, assim se daria no procedimento ordinário.

NOTAS

- (1) Ver, a respeito: **JARDIM, Afrânio Silva**. *Direito Processual Penal*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 27.
- (2) Bem mais recentemente, **Elio Fazzalari**, na Itália, acompanhado no Brasil por **Aroldo Plínio Gonçalves** (*Técnica Processual e Teoria do Processo*, 1992), propuseram uma verdadeira inversão dos conceitos de processo e procedimento, defendendo ser aquele, na verdade, não o gênero, mas uma espécie de procedimento, caracterizado pela prevalência do contraditório (**OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de**. *Curso de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 522).
- (3) *Op. cit.*, p. 26.
- (4) **Eugênio Pacelli de Oliveira**. *Op. cit.*, p. 521.
- (5) **TUCCI, Rogério Lauria**. *Teoria do Direito Processual Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 232.
- (6) **FERNANDES, Antonio Scarance**. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- (7) **FERNANDES, Antonio Scarance**. *A Reação Defensiva à Imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- (8) Ver o rol apresentado por **Antonio Scarance Fernandes**, *ibidem*, p. 163, nota 48.
- (9) Por todos, e com especial ênfase: **SAAD, Marta**. *O Direito de Defesa no Inquérito Policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- (10) **Scarance Fernandes** destaca que “não há durante o inquérito participação da defesa, podendo o indiciado somente requerer diligências, realizáveis segundo critério discricionário da autoridade policial (art. 14, CPP). Oferecida a denúncia, como o juiz, desde logo, pode recebê-la, fica o acusado sem oportunidade de reagir à acusação e evitar que o juiz a aceite. A evolução dos estudos do processo penal à luz da Constituição mostra que outro seria o melhor caminho: superar as deficiências do sistema anterior sem a supressão da fase intermediária destinada a proporcionar oportunidade de manifestação ao acusado antes do exame da acusação e da classificação do fato pelo juiz. O importante, como ocorre atualmente no ordenamento português, é que, antes de ser aceita a acusação, o acusado dela tenha ciência e possa, justificadamente, manifestar-se. Poderia o acusado juntar documentos, requerer interrogatório ou diligências capazes de evitar o recebimento da denúncia. Poderia, simplesmente, discutir a correção da classificação” (*Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*, p. 128).
- (11) Há uma exceção: a hipótese em que a inimputabilidade por doença mental (art. 26, *caput*, do CP) é pericialmente comprovada ainda no inquérito policial. Nesse caso, e pelas consequências jurídico-penais previstas para o inimputável por enfermidade mental que pratica fato típico e ilícito, resta ao Ministério Público oferecer a denúncia com pedido de absolvição — uma vez que não há crime — e imposição da medida de segurança adequada.
- (12) O discurso da celeridade processual tem servido, no âmbito penal, muito mais para satisfazer a ansiedade punitiva social, fruto da falta de alternativas oficiais e de políticas públicas para a redução da criminalidade — sobretudo da violenta — e da exploração comercial e irresponsável do fenômeno da delinquência por alguns segmentos da mídia, do que para assegurar ao acusado — inquestionavelmente, o principal interessado na sentença — o direito ao processo em prazo razoável.
- (13) **Sistema Acusatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 51.

Marcus Alan de Melo Gomes

Mestre e doutor em Direito, professor adjunto de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Pará (UFPA) e juiz de Direito

“TROPA DE SANGUE” E “BATISMO DE ELITE” – A TORTURA EM TRÊS DÉCADAS: QUOSQUE TANDEM?

Eduardo Paglione

“Hay en la naturaleza humana algo de ángel y algo de fiera.”

Concepción Arenal

O filme “Tropa de Elite”, lançado em 2007, gerou polêmicas, debates, artigos... Também no ano passado houve o lançamento de “Batismo de sangue”, filme baseado em obra homônima (e autobiográfica) de Frei Betto e que trata os últimos anos da vida de Frei Tito e seu envolvimento, juntamente com um grupo de frades dominicanos em São Paulo, na luta contra a Ditadura Militar. Sem tanta divulgação na mídia, este filme também tem gerado debates e discussões.

Os filmes se passam em períodos históricos diferentes, porém bastantes próximos em um conceito historiográfico (afinal, apenas cerca de 30 anos separam uma época de outra). “Tropa de Elite” se passa em tempos de democratização, enquanto “Batismo de sangue” é narrado no período da Ditadura Militar. Daqui a algumas décadas ou séculos, poder-se-á dizer que são o mesmo período? Vivemos em uma democracia ou estado de direito? É bem verdade que as realidades são diversas, mas a ação do Estado representada nos filmes não é.

Grosso modo, em “Tropa de Elite” agentes do Estado buscam fazer o trabalho que julgam “correto”, ou seja, proteger a “sociedade” dos criminosos, traficantes, corruptos. Para defender a sociedade, entendem que os Poderes instituídos são ineficazes e, assim, realizam a “investigação” com muita celeridade, a mesma que usam para julgar e executar eles próprios as penas.⁽¹⁾

O que ocorre em “Batismo de sangue”? Policiais também querendo defender a “sociedade” de criminosos (aqui, comunistas e revolucionários), utilizam métodos de “investigação” rápidos e que lhes garantem um resultado de seu interesse.

Em um e outro contexto, a investigação ocorre sob tortura, o julgamento é feito sem qualquer garantia e a pena aplicada pode ser a capital. Pode-se até argumentar que também em um e outro caso os “adversários” da força policial utilizam métodos semelhantes: violência e morte dos policiais. Esta argumentação não sobrevive, entretanto, quando nos lembramos que, ao sair da barbárie, o homem abriu mão de certos direitos em favor do “Estado” exatamente para que ele garantisse melhores condições de vida a todos. Esse “Estado” não pode agir como criminoso

para combater o crime, ignorando normas que ele próprio estabelece, sob pena de se tornar o grande exemplo e incentivador de arbitrariedades.

Por motivos já debatidos com maior competência por estudiosos do assunto, o filme “Tropa de Elite” teve uma grande repercussão na sociedade brasileira. Entretanto, o mesmo não ocorreu com o filme “Batismo de Sangue”, cuja cópia, em locadoras, não é fácil de ser encontrada. Ambos recentes, ambos excelentes produções cinematográficas, por que, então, esta divergência? Certamente porque “Batismo de sangue” fala, ainda que de forma indireta, de uma classe média que apoiava exatamente o que ela hoje condena: a violência policial como forma repressora da liberdade de opinião.⁽²⁾ Em “Batismo de Sangue”, sofrem nas mãos do Estado pessoas que desobedecem as leis porque queriam apenas liberdade, um sistema de governo democrático e o sonho da igualdade social. Ideologias políticas à parte, o “Estado” era o vilão. Em “Tropa de Elite”, o “vilão” é aquele que desobedece as leis para atacar a sociedade (ainda que hipocritamente subvencionado por ela, como fica bem evidente neste filme).

Entretanto, ambos os filmes demonstram o exercício da violência pelo Estado, desobedecendo a princípios básicos e elementares de respeito ao ser humano, em nome de uma garantia de segurança à classe dita “honesta e de bem”. É o Estado que, conforme traduz **Oscar Vilhena Vieira**, “*mantém relações ambíguas com a sociedade: autoritário e violento para com a grande maioria da população, dócil e transigente aos interesses das elites*” (1995, p. 195).

A respeito de ambos os filmes, solicitamos aos alunos delegados de polícia do Curso de Formação Técnico Profissional da Academia de Polícia de São Paulo, que redigissem um trabalho analisando suas eventuais divergências ou convergências.

Os trabalhos apresentados foram superiores ao esperado. Dentre os inúmeros pontos apontados, destacamos e comentamos alguns apenas:

a) ambos sugerem que devemos “exigir melhorias pelo voto”: o ideal democrático, combatido pelo Estado em um filme e ignorado no outro, é a grande solução para os problemas sociais, pois se estes são responsabilidade do Estado, devemos saber quem escolhemos para dirigente. Melhor o risco de errarmos do que impossibilitar de podermos escolher;

b) falta de “vontade política” para acabar com a tortura: esta conclusão, apesar de preocupante, tem apoio histórico, conforme demonstrado nos filmes. O dístico “Contra a Pátria / Não há direitos”, em uma delegacia de polícia no filme “Batismo de Sangue” nos remete à moderna teoria do chamado “Direito Penal do Inimigo”. A frase transformada em bordão “Põe na conta do Papa”, utilizado em “Tropa de Elite”, bem demonstra que o Estado se sente no direito de utilizar meios que ele próprio condena desde que seja para um motivo politicamente “maior” (no caso do filme, garantir a imagem da cidade durante a visita papal);⁽³⁾

c) os “direitos humanos do policial” e ausência de acompanhamento psicológico: tanto em um como em outro filme, o policial age no extremo de suas forças físicas e mentais. “Tropa de Elite” chega mesmo a mostrar os conflitos pessoais do personagem principal e as consequências familiares da falta de um apoio psicológico sério e eficaz;

d) o filme “Batismo de Sangue” mostra a visão do torturado, enquanto “Tropa de Elite” busca justificar a visão do torturador: é impossível que uma mesma ação seja condenável em um caso e autorizada em outro. A tortura, como bem adverte **Dalmo de Abreu Dallari**, “*é uma forma covarde de cometer violência [...], degradando o próprio torturador e agredindo valores que são de toda a humanidade*” (2000, p. VII). O torturador, escondendo a violência de sua atitude sob o argumento sofisticado da defesa do Estado, foge do reconhecimento de sua própria degradação;

e) no filme “Tropa de Elite”, apesar de não se admitir a corrupção, pratica-se a tortura (a questão da corrupção não é tratada — naturalmente em virtude do foco — valores demonstra que os policiais agem totalmente despidos do conceito do Estado, embora ajam em nome dele e dele recebam armamentos, salários e poder;

f) no filme “Batismo de Sangue” os “heróis” são guerrilheiros, mas também em “Tropa de Elite” o treinamento dispensado aos policiais é o de guerrilha: a ideia de enfrentamento por meio de operações bélicas, apesar de ainda estar em voga em alguns setores e cabeças não afinadas aos princípios que informam a moderna doutrina de segurança pública, bem demonstra, em ambos os casos, a ideia de “inimigo”, ou seja, aquele contra quem devemos declarar guerra e devemos tratar

com os princípios estabelecidos (ou explicados) por **Günter Jakobs**.

Estes são, naturalmente, apenas alguns dos pontos abordados e aqui trazidos sem rigor metodológico. Pretende-se mostrar o quanto um fato, visto de um determinado ângulo (“Tropa de Elite”), pode ser interpretado sob um ponto favorável por aqueles que se deixam levar por sensacionalismos e discursos irados e turbulentos e que, este mesmo fato, sob outra ótica (“Batismo de Sangue”), merece total repulsa.

Os títulos dos filmes sugerem assim um trocadilho um tanto nefasto: “Batismo de elite” e “Tropa de sangue”... O batismo seria de uma elite porque, no filme, uma pequena casta de religiosos leitores de Santo Tomás apóia um guerrilheiro como que purificando seus atos que, a História registra — e é bom que não esqueçamos —, são totalmente violentos e avessos à pregação da doutrina cristã que recomenda amor aos inimigos e a outra face aos agressores.⁽⁴⁾ Quanto à “Tropa de sangue”, quem viu o filme sabe a que nos referimos...

Como dissemos, ambos os fatos hoje são historicamente muito próximos. **Hannah Arendt** gostava de citar **William Faulkner**: “O passado nunca está morto, não é nem sequer passado”, pois, para ela, “o mundo em que vivemos em qualquer momento é o mundo do passado” (2004). Com “Batismo de Sangue” aprendemos — ou revivemos — o passado recente⁽⁵⁾ e constatamos com “Tropa de Elite” a certeza da afirmação da filósofa que nos demonstrou a existência de um

mal banalizado com o qual nos defrontamos no dia-a-dia e, por isso também, nas telas de cinema. A consciência deste mal pelos agentes do Estado é o primeiro e grande passo para sua extirpação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BATISMO de Sangue.** Direção e Produção: Helvécio Ratton. Intérpretes: Cássio Blat, Daniel De Oliveira, Léo Quintão, Odilon Esteves, Ângelo Antônio, Cássio Gabus Mendes e outros. Roteiro: Dani Patarra e Helvécio Ratton. Brasil, 2007. Quimera filmes. 1 DVD, color (110 m). Baseado na obra “Batismo de Sangue” de Frei Betto.
- TROPA de Elite.** Direção e Produção: José Padilha. Produção: Marcos Prado e José Padilha. Intérpretes: Wagner Moura, André Ramiro, Caio Junqueira, Maria Ribeiro e outros. Roteiro: José Padilha, Rodrigo Pimentel e Bráulio Mantovani. Brasil, 2007. Universal Pictures do Brasil. 1 DVD, color (118 m). Baseado na obra “Elite da tropa”, de Luiz Eduardo Soares, André Baptista e Rodrigo Pimentel.
- ANDREUCCI, Álvaro G.A.** *O Risco das Ideias: Intelectuais e a Polícia Política (1930-1945)*. São Paulo: Humanitas e Fapesp, 2001.
- ARENDT, Hannah.** *Responsabilidade e Julgamento* (trad. **Rosaura Eichenberg**). São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- BARBOSA, Rui.** *Obras Completas: A Imprensa*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1947, v. XXV, t. II.
- DALLARI, Dalmo de Abreu.** (prefácio) in: **VERRI, Pietro.** *Observações Sobre a Tortura* (trad. **Federico Carotti**). São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. VII-XXIII.
- VERRI, Pietro.** *Observações Sobre a Tortura* (trad. **Federico Carotti**). São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- VIEIRA, Oscar Vilhena.** “A violação sistemática dos direitos humanos como limite à consolidação do estado de direito no Brasil”. In: **DI GIORGI, Beatriz et al.** (coord.). *Direito Cidadania e Justiça: Ensaio Sobre Lógica, Interpretação, Teoria, Sociologia e Filosofia jurídicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, pp. 189-195.

NOTAS

- (1) **Rui Barbosa**, um grande crítico da polícia de seu tempo, já dizia: “*Polícia precisa de juizes: não pode julgar.*” (1947, p. 200).
- (2) Prática bastante comum nos regimes ditatoriais. Durante a Ditadura Vargas, o Departamento Estadual de Ordem Políica e Social do Estado de São Paulo (DEOPS) registrava em seu prontuário grande parte dos intelectuais da época. O Estado vigiava e pretendia controlar toda a atividade cultural produzida (v., a respeito, **ANDREUCCI**, 2001).
- (3) Em outro pólo, a mentalidade governamental de valorização dos direitos humanos e intolerância a qualquer forma de violência pelos agentes do Estado ficou bem demonstrada em recente episódio ocorrido Estado de São Paulo: no dia 15 de dezembro de 2007 um jovem foi morto na cidade de Bauru, em virtude de ação de policiais. Menos de uma semana depois, o Executivo Estadual autorizou a indenização à família, constituindo Grupo de Trabalho para propor os critérios de indenização e determinando que a Fazenda do Estado exerça o direito de regresso contra os responsáveis pelo ato ilícito (Decreto 52.521, de 21 de dezembro de 2007).
- (4) E também para os seguidos da filosofia socrática, que prega ser melhor sofrer o mal do que fazer o mal...
- (5) Ou não tão recentemente... Confira-se, a respeito, o seguinte trecho de obra cuja primeira edição é de 1804: “*Prende-se o suspeito de culpa num crime. Neste momento, esse homem deixa de ter existência pessoal. É um ser ideal posto nas mãos do fisco, que o interroga, o enreda, o espreme, o atormenta, até que, com as contradições ou com as incoerências ou mesmo com a confissão do crime extorquida no tédio do cárcere, com a miséria e com as torturas, o fisco consiga arrancar-lhe o suficiente para citá-lo em juízo*” (**VERRI**, 2000, p. 124-125).

Eduardo Paglione

Delegado de Polícia, mestre em Letras (Unesp/ Assis) e professor de Metodologia da Pesquisa Científica da Academia de Polícia Civil de São Paulo

PARTICIPE POR ACREDITAR

FÓRUM ONLINE IBCCRIM

(programação)

Em 2008, continuam os encontros semanais do **FÓRUM ONLINE IBCCRIM**.

Trata-se de um espaço exclusivo para os associados do Instituto, no portal www.ibccrim.org.br,

aberto sempre às quartas-feiras, às onze horas da manhã. Por ele, todos os associados podem,

pela Internet, formular perguntas e questionamentos aos convidados, sob a mediação do **IBCCRIM**,

para resposta também em tempo real. Além disso, o texto completo dos encontros fica gravado no **Portal IBCCRIM**, para consulta a qualquer momento. Essa é uma oportunidade para todos poderem se encontrar e debater juntos temas de ciências criminais de interesse geral, com a participação de alguns dos mais importantes professores e pesquisadores do País.

Participe, você também, desse novo ponto de encontro das ciências criminais no Brasil.

Veja nossa programação para os próximos encontros:

■ **Dia 13 de fevereiro de 2008**, às onze horas: Gustavo Badaró (mestre e doutor em Processo Penal pela Faculdade de Direito da USP; advogado criminalista em São Paulo), conversando sobre “Prova por Videoconferência”.

■ **Dia 20 de fevereiro de 2008**, às onze horas: Marcos Alexandre Coelho Zilli (mestre e doutor em Processo Penal; professor de Processo Penal da Faculdade de Direito da USP; magistrado em São Paulo), conversando sobre “Prisão Cautelar”;

■ **Dia 27 de fevereiro de 2008**, às onze horas: Guilherme de Souza Nucci (mestre e doutor em Processo Penal; livre-docente em Direito Penal; professor Concursado de Direito Penal na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; magistrado em São Paulo), conversando sobre “Critérios para Fixação da Pena”.

■ **Dia 5 de março de 2008**, às onze horas: Maria Lucia Karam (juíza aposentada), conversando sobre “A Violência e a Cidade do Rio de Janeiro”. Não esqueça: quarta-feira, sempre às onze horas, é o Fórum que vai até você!

O ART. 188 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL EM FACE DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Roberto Delmanto

Com o advento da Lei nº 10.792/03, que deu nova redação ao art. 188 do Código de Processo Penal, o interrogatório do acusado, antes restrito a este e ao juiz, vedada a intervenção do defensor, do promotor de justiça e do seu assistente ou do querelante, exceto em questões de ordem, passou a permitir a intervenção das partes.

Assim, prevê esse dispositivo da lei adjetiva penal: “Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará **das partes** se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.”

Juízes de primeira instância, em processos com mais de um réu, têm entendido que o direito de reperguntar deve ficar limitado ao promotor, ao assistente ou querelante, e ao defensor *do acusado que está sendo interrogado*, vedando que os defensores dos demais co-réus também reperguntem.

Parece-nos, todavia, que esse entendimento não é o correto. O atual art. 188 refere-se às “**partes**” (no plural), isto é, a **todas** as partes do processo, e não apenas ao advogado do interrogando. Mesmo porque o *Parquet*, seu assistente ou o querelante poderão, em suas reperguntas, fazer prova contra os outros acusados, questionando o interrogando sobre a co-autoria ou participação deles.

Assim, em face das garantias constitucionais do *contraditório* e da *ampla defesa* (CF, art. 5º, inc. LV), deverá ser concedida a palavra aos defensores de **todos** os co-réus para que, desejando, possam reperguntar.

Mais ainda: em razão dessas mesmas garantias, havendo mais de um réu, os interrogatórios judiciais só poderão começar a ser realizados após a citação de **todos** os acusados. E **cada** co-réu deverá ser intimado da designação para o interrogatório do outro, bem como da necessidade de, neste ato, comparecer acompanhado de defensor. Caso, intimado, venha sem advogado constituído ou este não compareça, deverá ser-lhe nomeado um defensor *ad hoc*.

Entendimento contrário feriria, a nosso ver, outra garantia constitucional: a da *isonomia* (CF,

art. 5º, *caput*). Com efeito, se um acusado for citado e interrogado antes do outro, o primeiro terá a oportunidade de participar do interrogatório do segundo quando este, depois de citado, vier a ser interrogado. Já o segundo acusado, citado após o interrogatório do primeiro, não terá tido a mesma oportunidade, desrespeitando-se a *paridade de armas*, insita ao processo penal de um Estado de Direito Democrático.

Outra questão que consideramos relevante é a de saber *quem*, após o juiz, deverá reperguntar primeiro, pois o art. 188 não o esclarece. Muitos magistrados de primeiro grau têm concedido a palavra primeiramente ao M. Público e, depois, ao defensor, o que, a nosso ver, não é o certo.

O interrogatório do acusado é, antes de tudo, um meio de defesa, tanto que ele tem o direito constitucional de permanecer em silêncio, se assim o quiser (CF, art. 5º, inc. LXIII), direito este também assegurado pelo Código de Processo Penal (art. 186, *caput*), não importando o silêncio “em confissão” nem podendo “ser interpretado em prejuízo da defesa” (art. 186, parágrafo único).

Pensamos, por isso, que ao interrogatório judicial deverá ser aplicado, por analogia, o que a lei adjetiva penal estabelece para as testemunhas de defesa (CPP, art. 468), que, ao contrário das de acusação (CPP, art. 467), são reperguntadas *primeiro* pelo defensor e só *depois* pela acusação. Isto porque, é a parte que as arrolou que sabe os motivos de tê-lo feito e a prova que pretende produzir, cabendo à parte contrária o direito de reperguntar.

Do mesmo modo, é o advogado do acusado que sabe porque concordou ou aconselhou que ele respondesse ao interrogatório, ao invés de silenciar, tendo, portanto, o direito de reperguntar primeiro, podendo os co-réus, o querelante, o Ministério Público e seu assistente, se houver, fazê-lo em seguida.

Roberto Delmanto
Advogado criminal

LEIA NA REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS Nº69 - NOVEMBRO-DEZEMBRO/2007

- *O Conceito de Culpa e a Estrutura Bipartida dos Tipos Penais Culposos* - Israel Domingos Jorio
- *Direito Penal Máximo ou Intervenção Mínima do Direito Penal? Breves Lineamentos Sobre a Função do Direito Penal* - Luciana de Medeiros Fernandes
- *Direito Penal e Direitos Humanos: Uma História de Paradigmas e Paradoxos* - Marcelo Semer
- *Consideraciones Sobre la Prueba del Dolo* - Ramon Ragués I Viallès
- *Direito Penal do Inimigo* - Ulfried Neumann
- *As Condições da Ação Penal* - Ada Pellegrini Grinover
- *A Incorporação de Tratados de Direitos Humanos em Face da EC 45/2004: O Caso da Prisão de Depositário Infiel* - Eric Alexandre Lavoura Lima
- *Ensino e Aprendizado das Ciências Criminais no Século XXI* - Salo de Carvalho
- *Penas Alternativas X Prisão: A Construção de um Outro Paradigma?* - Alessandra Teixeira e Fernanda Emy Matsuda
- *Julgamento Eclipsado: Quando a Celeridade Tolda o Brilho do Habeas Corpus* - Daniel Guimarães Zveibil

Entidades que assinam o Boletim:

■ AMAZONAS

- Ministério Público 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

■ GOIÁS

- Associação dos Magistrados do Estado de Goiás - Asmego

■ 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
- Sindicato dos Defensores Públicos do Mato Grosso do Sul

■ 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 - ADPEP
- Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal - Rg. SP - ADPF
- Associação Paulista de Magistrados - Apamagis
- Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/SP

Chegaram os Códigos RT 2008

Os mais completos, os mais confiáveis,
os mais atualizados

integrado



Vade Mecum RT

- 2.224 páginas em papel e tipo de letra especiais, impresso em duas cores com capa flexível: mais conteúdo, maior legibilidade e portabilidade
- Mais de 330 normas, com toda a legislação alteradora incorporada
- Todas as súmulas dos Tribunais Superiores (STF, STJ, TST e TSE) e dos Juizados Especiais Federais
- Orientações jurisprudenciais e precedentes normativos (TST)
- Notas remissivas abrangentes
- Capa com sumário
- CD-ROM com outras 750 normas, mais regimentos internos (STF, STJ e TST), modelos de peças, tabelas e fluxogramas
- Legislação do CD-ROM disponível para palm-top



RT MiniCódigos

- Capa flexível, papel e tipo de letra especiais
- Constituição Federal, ADCT e Emendas Constitucionais na íntegra
- Notas remissivas abrangentes



RT Códigos

- Acabamento cartonado e tipo de letra especial
- Constituição Federal e ADCT na íntegra
- Notas remissivas abrangentes

Todos os volumes contam ainda com projeto gráfico diferenciado, índices completos, com cabeçalhos indicando normas e artigos, fita marcadora e sistema de atualização gratuito até 03.11.2008, pela internet, mediante cadastro.

EDITORA **RT**
REVISTA DOS TRIBUNAIS
WWW.RT.COM.BR