

# Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO  
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

## EDITORIAL: SEGURANÇA PÚBLICA E EXCLUSÃO

Mais de um ano depois dos ataques do PCC em São Paulo, as políticas de segurança pública voltaram a ser tema de discussão.

Desta vez, o artigo de autoria do apresentador de televisão Luciano Huck — publicado pelo jornal *Folha de S. Paulo* — e a exibição, em circuito nacional, do filme de José Padilha, “Tropa de Elite”, motivaram os debates que ganharam corpo em diversos meios sociais, para além da comunidade acadêmica e dos operadores do Direito.

O sucesso generalizado do filme, sintetizado na aclamação do protagonista “Capitão Nascimento”, evidencia, mais uma vez, a lógica perversa que fomenta determinadas “políticas” em matéria de segurança.

“Capitão Nascimento”, em pouco tempo, foi alçado à categoria de herói nacional. Não à toa. Há muito, disseminou-se, no corpo social, a crença de que a única resposta eficaz à criminalidade e à violência é o emprego da força pelo Estado — preferencialmente a força bruta, que extermina o inimigo.

Na base da larga aceitação de práticas de violência estatal encontra-se o desmantelamento da noção de cidadania, o qual alimenta o ciclo vicioso da criminalidade. Age-se como se as causas da violência fossem completamente alheias a fatores sociais e de responsabilidade coletiva; reclama-se, assim, por segregação e violência como formas de combate ao inimigo — como se não fora ele parte do todo — e, como resultado do aumento da exclusão social, cresce a violência.

Conforme observou com propriedade **José Eduardo Faria** em artigo publicado na edição nº 164 deste *Boletim*, “*ao corroer os mecanismos de formação de identidades coletivas, a exclusão social propicia uma cultura de desagregação, a banalização da violência e a sobreposição do privado ao público. (...) Em contextos como esse, não há um mínimo de integração social que permita à ordem jurídica ser universalmente acatada e a sociedade aparece não apenas como imprevisível mas hostil*”.

Muito já se discutiu, neste espaço, acerca de respostas adequadas à criminalidade; sobre políticas de segurança pública, assinalando-se

sempre que o recrudescimento do sistema tem função exclusivamente simbólica, pois, ao invés de reduzir a massa de excluídos, apenas a incrementa.

No último mês de agosto, o governo federal lançou o “Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania” (Pronasci), desenvolvido pelo Ministério da Justiça como uma iniciativa inovadora no combate à criminalidade. Em teoria, a proposta consiste na articulação de políticas de segurança pública com ações sociais que têm por objetivo atacar as causas e não apenas as conseqüências da violência, proporcionando o resgate da cidadania nas comunidades.

Para o programa, o governo federal destinou 6,7 bilhões de reais, estimando que os resultados dessa política de segurança pública pudessem ser observados no exíguo prazo de quatro anos.

Em que pese o aparente caráter inovador do Pronasci, conforme divulga artigo de autoria dos membros da Comissão de Justiça e Segurança do IBCCRIM, publicado nesta edição do *Boletim*, dos 6,7 bilhões de reais em recursos destinados ao programa, 3,5 bilhões são previstos para a construção de presídios e para o aparelhamento das forças de segurança, em contraste com os 300 milhões de reais a serem investidos em inteligência policial e o 1,6 bilhão destinado às ações sociais de prevenção.

Os números são alarmantes porque refletem, mesmo no âmbito de um projeto teoricamente voltado para o resgate da cidadania, o coroamento da velha lógica da exclusão. Na prática, o que se poderá esperar do Pronasci, em vista dos vultosos investimentos destinado à repressão, parece ser o oposto daquilo que o governo federal anuncia — isto é, o aumento da segregação, em detrimento de políticas que privilegiem a intervenção mínima do Direito Penal.

Enquanto prevalecer, nos mais diversos níveis, a idéia de que a violência não é um problema coletivo, senão do inimigo a ser exterminado do convívio social, inexistirá programa de segurança pública eficaz ou verba suficiente para o aparelhamento das forças de segurança ou para a construção de estabelecimentos prisionais. O que se fará, apenas, é acirrar o que hoje se identifica como uma verdadeira “guerra civil”.

- **EDITORIAL:  
SEGURANÇA PÚBLICA  
E EXCLUSÃO** ..... 1
- **O “NOVO” PROGRAMA NACIONAL  
DE SEGURANÇA PÚBLICA**  
Renato Campos Pinto De Vitto,  
Paulo Eduardo Busse Ferreira Filho,  
Marco Aurélio Gonçalves Cruz  
e Thiago Anastácio ..... 2
- **A DECADÊNCIA DO CRÉDITO  
TRIBUTÁRIO E SEUS  
EFEITOS PENAIS**  
Fabio Machado de Almeida Delmanto  
e Marcelo Knopfmacher ..... 4
- **EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE  
PELO PAGAMENTO DE TRIBUTO  
NO CRIME DE DESCAMINHO E O  
JULGAMENTO DO HC Nº 48.805**  
Robson Antonio Galvão da Silva ..... 5
- **ATIPICIDADE DA CONDUTA  
DO “LARANJA” QUE AUXILIA  
O CONTRIBUINTE NA  
OCULTAÇÃO DO LUCRO**  
Fábio Tofic Simantob ..... 6
- **O REGIME DE CUMPRIMENTO DE  
PENA NA LEI Nº 11.464/07: A  
INCONSTITUCIONALIDADE  
REVIGORADA**  
Leonardo Rosa Melo da Cunha ..... 7
- **DRAMATURGIA PUNITIVA “REAL”:  
JUSTIÇA CRIMINAL DE ILUSÕES**  
Élcio Arruda ..... 9
- **COM A PALAVRA, O ESTUDANTE:  
REPRESSÃO DE EMERGÊNCIA E  
SUPRESSÃO DE VALORES  
CONSTITUCIONAIS**  
Regina Cirino Alves Ferreira ..... 11
- **O DIREITO EM DEBATE:  
O CONSENTIMENTO DO ACUSADO  
PARA O INTERROGATÓRIO POR  
VIDEOCONFERÊNCIA: UMA  
OUTRA PERSPECTIVA PARA  
O DIREITO DE PRESENÇA**  
Fábio Wellington Ataíde Alves ..... 12
- **O DIREITO EM DEBATE:  
AINDA SOBRE A  
VIDEOCONFERÊNCIA:  
BREVES CONSIDERAÇÕES**  
Claudia Barrilari ..... 13
- **SUSPENSÃO CONDICIONAL  
DO PROCESSO - PODE O  
JUIZ OFERECÊ-LA DE OFÍCIO?**  
Alfredo José Marinho Neto ..... 14
- **JUIZ CRIMINAL E IDENTIDADE  
FÍSICA: ATÉ QUANDO NÃO?**  
José Francisco de Fyschinger ..... 16

### CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

#### O DIREITO POR QUEM O FAZ

- **EXCESSO DE PRAZO NA  
DURAÇÃO DA AÇÃO PENAL.  
OFENSA À GARANTIA DA  
CELERIDADE PROCESSUAL.  
ABSOLUÇÃO DO IMPUTADO** ..... 1121
- **EMENTAS**
- Supremo Tribunal Federal ..... 1123
- Superior Tribunal de Justiça ..... 1123
- Tribunais Regionais Federais ..... 1124
- Tribunais de Justiça ..... 1126

## O “NOVO” PROGRAMA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA

Renato Campos Pinto De Vitto, Paulo Eduardo Busse Ferreira Filho,  
Marco Aurélio Gonçalves Cruz e Thiago Anastácio

O Pronasci — Programa Nacional de Segurança Cidadã — foi lançado no mês de agosto de 2007 como tardia resposta do Governo Federal à sua própria incapacidade de articular uma política clara e definida de segurança pública, o que, evidentemente, não exime os Estados da Federação de sua parcela de responsabilidade.

O programa federal parte de uma premissa parcialmente correta. O déficit de políticas sociais está na base da criminalidade clássica. Há, no entanto, parcela significativa do crime contemporâneo que não se ajusta a essa lógica. Infrações contra a ordem tributária, o sistema financeiro e o meio ambiente, por exemplo, não se explicam pela ausência de políticas públicas nas periferias das grandes cidades. Essa nova criminalidade talvez fosse melhor combatida no âmbito de medidas administrativas de controle e prevenção (COAF etc.). O Pronasci prevê medidas nesse sentido, mas mais voltadas para a reação criminal ao fenômeno indesejado (*a posteriori*).

Embora o programa assuma a transversalidade dos diversos temas e problemas e busque articular soluções conjuntas, políticas sociais são uma coisa e políticas de segurança pública outra. Quando se subordinam as primeiras aos objetivos específicos das segundas, deturpam-se todas. É necessário melhorar as condições de vida nas zonas de risco, mas essa necessidade independe dos objetivos de uma política de segurança. Evidente que programas sociais contribuirão, a médio e longo prazo, para a redução da violência a partir de seus efeitos. Mas se essas ações forem forçadas diretamente para esse fim, desvirtuam-se seus objetivos originais. Medidas voltadas para a ampliação da oferta de emprego e de serviços públicos essenciais, como educação e saúde, são necessárias por si só. Seu incremento, em especial para os mais vulneráveis, é corolário do princípio constitucional da isonomia. Quando assim não é enfocada, a política social passa a mero instrumento de controle, com o fim escuso de conter a sanha criminosa latente no mais desamparado. As ações sociais contempladas no Pronasci podem estigmatizar o seu público-alvo, os jovens em situação de risco, como o inimigo *a priori* delineado. A política social forjada para reduzir os índices de violência parece admitir que não é mais possível incluir o contemplado. Nesse sentido, ações de cunho social podem estar mal situadas no bojo de um programa de segurança.

Uma virtude do Pronasci é o governo

finalmente ter constatado a absoluta ausência do Estado em determinadas regiões como fator determinante da violência, e ter apontado 11 regiões de especial vulnerabilidade. Elenca uma série de ações concretas. Mas, pela abrangência a que se propõe, o propósito pode ruir pela falta de foco e ausência de prioridades criteriosamente delimitadas.<sup>(1)</sup>

O projeto de lei que “*institui o sistema único de segurança nacional e dispõe sobre a segurança cidadã*” introduz, embora timidamente, o debate sobre a adoção de um marco legal para a integração dos órgãos nacionais de segurança pública, ou a instituição de um sistema nacional de estatísticas de segurança e justiça criminal, pressuposto de uma política séria. Mas a mera descrição de ações acertadas não significa que se tenha dado o devido peso a cada uma, a imprimir nova e firme direção a essas políticas de segurança.

As maiores cifras continuam as destinadas à construção de estabelecimentos prisionais. Louvável a preocupação com os efeitos deletérios da segregação na vida do preso e seus familiares, a previsão de medidas voltadas a melhorar as condições de vida no cárcere e aumentar as chances de reinserção social. A segunda maior rubrica é a que trata do aperfeiçoamento da infra-estrutura das forças de segurança. Somados esses itens relativos a encarceramento e repressão ao crime, eles perfazem aproximadamente 3,5 bilhões de reais<sup>(2)</sup> e superam, enormemente, ações voltadas para o incremento da inteligência (R\$ 300 milhões) e prevenção por meio de ações sociais (R\$ 1,6 bilhão). Isto significa, na prática, rendição ao círculo vicioso de recrudescimento do sistema penal e a consequente política que privilegia a privação da liberdade. Nessa linha, faz sentido equipar as forças de segurança para efetuar prisões e abrir vagas no sistema. A política continua a se desenvolver no sentido de criminalizar e encarcerar. Esse movimento afeta, sobretudo, os mais pobres. São eles os estigmatizados e segregados da vida social, também por meio da prisão. Se possível, melhoram-se as condições atrás das grades. Não tanto para ressocializar, mas para evitar fenômenos como o do Primeiro Comando da Capital. Se, em quatro anos, dos 646 projetos de lei relacionados ao crime apresentados no legislativo, 626 destinavam-se a agravar penas e regimes (segundo **Elio Gaspari** na *Folha de S.Paulo*), e o Pronasci visa reforçar a repressão e preparar novos estabelecimentos, fecha-se um ciclo altamente per-

nicioso. Se o que se busca é criminalizar, agravar penas e encarcerar, faz todo sentido construir prisões, melhorar as condições de vida nas cadeias, educar agentes penitenciários e cuidar de egressos e familiares. Mas um programa que se propunha inovador deveria insurgir-se contra essa lógica perversa. Deveria perseguir uma mudança de paradigma no sentido de reduzir as penas privativas de liberdade, substituindo-as por restritivas de direitos, prestação de serviços à comunidade etc. Deveria encampar medidas voltadas para a sensibilização de políticos, juizes e da sociedade nessa outra direção.

Por fim, verificam-se vários itens relacionados à formação e aperfeiçoamento de profissionais de segurança, em diversas áreas e aspectos (policimento comunitário, uso proporcional da força, perícias de local, inteligência, toxicologia e química forense, perícia médico-legal, exame de DNA, fonética forense etc.), o que, de fato, poderia melhorar sensivelmente a qualidade da prova produzida pela polícia judiciária. Porém, quando se comparam a vagueza e imprecisão de tais rubricas relacionadas ao aperfeiçoamento intelectual dos profissionais da segurança, dispersos e desconexos ao longo do programa, à objetividade e coesão dos relativos à ampliação da rede prisional e aparelhamento material das polícias, conclui-se que o Pronasci segue a trilha de projetos que privilegiam o material em detrimento do intelectual, a forma em detrimento do conteúdo.

Não se vislumbra para onde vão e como serão gastos os recursos. Em programa com horizonte de quatro anos, de difícil implementação e fiscalização, a necessidade de transparência no controle do fluxo financeiro e a organização de um sistema eficiente de gestão são fundamentais. Deveria haver preocupação específica em se descrever detalhadamente esses caminhos.

Infelizmente, a enorme amplitude e absoluta falta de foco de um programa de esparsas qualidades pode condená-lo às prateleiras das repartições. Espera-se, sinceramente, que as boas ações não se percam nos descaminhos da burocracia, especialmente porque grande parte delas demandará repasse de recursos aos Estados, o que reclama uma série de providências preliminares (ou prejudiciais) à sua efetiva implementação. A despeito da proclamada articulação de políticas sociais e de segurança, a impressão que fica é que aos poucos vamos nos tornando mais cascudos e calejados. Habituo-nos com a toada. Os po-

bres como clientes preferenciais do sistema criminal. A emergência do clamor social a ratificar a produção de leis encarceradoras, o aumento da superpopulação prisional e suas chagas conhecidas.

## NOTAS

- (1) Reveladora, nesse sentido, a presença de quase todos os ministérios da área social na lista de parceiros necessários à implementação do programa.
- (2) Valor aproximado, porque se pode questionar o critério utilizado para reunir as ações previstas no programa sob esta nossa classificação.

## EDITAL DE CONVOCAÇÃO

São convocados os associados do **INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – IBCCRIM**, a se reunirem em Assembléia Geral Ordinária e Extraordinária, a realizar-se no dia 13/12/2007, às 10:00 horas em primeira convocação, se houver quórum, ou às 10:30 horas em segunda convocação com qualquer número de associados, na sede social do Instituto, na Rua XI de Agosto, 52, 2º andar, Centro, São Paulo/SP, a fim de deliberarem sobre a seguinte **Ordem do Dia**:

### Assembléia Geral Ordinária e Extraordinária

- 1) Alteração do Estatuto Social nos pontos que seguem:
  - a) alteração do artigo 2º para melhor adequação da descrição das finalidades do Instituto;
  - b) permissão de abertura de filial, sucursal ou agência;
  - c) extinção do Conselho Fiscal;
  - d) adequação da situação das pessoas jurídicas colaboradoras do Instituto;
  - e) demais alterações para fins de melhor organização dos artigos do Estatuto.
- 2) Aprovação de contas do Instituto;
- 3) Apresentação de relatório de atividades desenvolvidas no ano de 2007;
- 4) Apresentação de propostas de atividades a serem desenvolvidas em 2008;
- 5) Deliberação sobre outros assuntos de interesse do Instituto.

São Paulo, novembro de 2007.

**Alberto Silva Franco**

Diretor Presidente

## PARTICIPE POR ACREDITAR

### HOMENAGEM AO DOUTOR SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA

O **IBCCRIM** comunica que nosso associado e ex-presidente, doutor **Sérgio Salomão Shecaira**, acaba de conquistar a titularidade de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em concurso de provas e títulos que venceu com louvor. Todos do **IBCCRIM** nos orgulhamos do doutor **Sérgio Salomão Shecaira** e o homenageamos, desejando-lhe exercício sempre profícuo do magistério e toda felicidade em sua vida social e profissional.

### VISÕES DE POLÍTICA CRIMINAL ENTRE OPERADORES DA JUSTIÇA CRIMINAL DE SÃO PAULO

O **IBCCRIM**, através do seu **Núcleo de Pesquisa**, apresentou no **13º Seminário Internacional** uma pesquisa sobre **“Visões de política criminal entre operadores da Justiça Criminal de São Paulo”**. O trabalho, redigido por **Jacqueline Sinhoretto**, **Frederico Almeida** e **Renato Sérgio de Lima** entre março de 2006 e agosto de 2007, é um mapeamento das opiniões dos operadores da Justiça Criminal, lotados na Barra Funda, diante dos debates contemporâneos sobre política criminal, buscando identificar a extensão da adesão a visões garantistas ou a adesão a propostas de flexibilização de garantias e extensão do Direito Penal a novos bens jurídicos e áreas da vida coletiva. A pesquisa procurou observar a avaliação dos operadores sobre as reformas mais significativas da legislação penal e processual e suas posturas diante de propostas de alteração que estão na pauta de discussões. Os resultados indicaram a adesão majoritária a uma posição intermediária, que defende a manutenção de garantias individuais, a ampliação das capacidades das instituições do sistema de justiça e possibilidade de expandir o Direito Penal a novos domínios, sobretudo ligados à defesa de direitos coletivos e aos novos riscos ambientais. Acesse a seção **Estudos e Pesquisas** do portal [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br) e conheça o relatório preliminar clicando no link **Pesquisas Atuais** do **Núcleo de pesquisas**

**Renato Campos Pinto De Vitto**  
1º subdefensor público-geral do Estado de São Paulo,  
presidente da Comissão de Justiça e Segurança do **IBCCRIM**

**Paulo Eduardo Busse Ferreira Filho**  
Advogado, membro da Comissão de Justiça e Segurança  
do **IBCCRIM**

**Marco Aurélio Gonçalves Cruz**  
Advogado, membro da Comissão de Justiça e Segurança  
do **IBCCRIM**

**Thiago Anastácio**  
Bacharel em Direito, membro da Comissão de Justiça e  
Segurança do **IBCCRIM**



(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:** Sérgio Salomão Shecaira

**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 Sinhoretto

**PÓS-GRADUAÇÃO:** Helena Regina Lobo da Costa

**RELAÇÕES INTERNACIONAIS:** Marcos Alexandre  
Coelho Zilli

#### Representantes do IBCCRIM

**junto ao Olapoc:**

Flávia D'Urso,

Glauber Callegari

Renata Flores Tybiricá

**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

**JUSTIÇA E SEGURANÇA:** Renato Campos  
Pinto de Vitto

**MEIO AMBIENTE:** Adilson Paulo Prudente do  
Amaral

**MESAS DE ESTUDOS E DEBATES:** Paulo  
Sérgio de Oliveira

**MONOGRAFIAS:** Andrei Koemer

**NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA:** Rui Stoco

**POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS:** Maurides  
de Melo Ribeiro

**SEMINÁRIO INTERNACIONAL:** Carlos Vico  
Mañas

**SISTEMA PRISIONAL:** Alessandra Teixeira

## A DECADÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E SEUS EFEITOS PENAI<sup>(1)</sup>

Fabio Machado de Almeida Delmanto e Marcelo Knopfelmacher

Por longo tempo vigorou entre nós entendimento nos tribunais segundo o qual as esferas administrativa e penal seriam absolutamente independentes, de forma que não se exigia, para o início da ação penal (ou mesmo do inquérito policial) por crime contra a ordem tributária ou mesmo contra a Previdência Social, a constituição definitiva do crédito tributário.

A doutrina, no entanto, já caminhava no sentido inverso, reclamando a prévia constituição definitiva do crédito tributário para que o processo criminal pudesse ter início, isso não apenas por uma questão de economia processual (sim, para evitar que duas decisões conflitantes pudessem existir), mas, sobretudo, porque sem tributo ou mesmo contribuição social definitivamente constituído pela autoridade administrativa competente (CTN, art. 142), o elemento normativo do tipo, relativo aos crimes tributários e previdenciários, não se caracterizava, não havendo crime a punir.

Após longa discussão, o STF finalmente decidiu, ao julgar o HC nº 81.611, em 10.12.2003, que, embora a ação penal relativa a esses crimes não esteja condicionada à representação (sim, porque a ação penal nesses casos é, de fato, pública incondicionada), não há justa causa para a ação penal antes do lançamento definitivo do tributo, quer se considere este uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo do tipo.

Consigne-se que, a partir dessa decisão, inúmeras outras decisões seguiram no mesmo sentido, não apenas nos Tribunais Superiores (STF e STJ), como também nos Tribunais Regionais Federais e demais Tribunais Estaduais de todo o País.

Pois bem, definida essa questão, ao atentar para a legislação tributária, verifica-se que ali se encontram previstas hipóteses de extinção do crédito tributário, incluindo-se dentre essas o pagamento (CTN, art. 156, inc. I), a prescrição e a decadência (art. 156, inc. V).

No entanto, a análise da legislação penal em vigor demonstra que o legislador tratou apenas dos efeitos penais do pagamento, não cuidando das outras modalidades de extinção do crédito tributário. Com efeito, o pagamento integral dos débitos tributários e previdenciários, incluindo-se os acessórios, constitui causa expressa de extinção da punibilidade dos crimes contra a ordem tributária praticado por particulares (Lei nº 8.137/90, arts. 1º e 2º), dos crimes de apropriação indébita previdenciária (CP, art. 168-A) e dos crimes de sonegação de contribuições previdenciárias

(CP, art. 337-A), ainda que ocorra após o recebimento da denúncia (Lei nº 10.684/03, art. 9º, §2º), conforme decisões recentes já proferidas pelo STF e STJ, bem como por tribunais inferiores.

Do acima exposto, nota-se que o legislador brasileiro, tanto tributário quanto penal, dá preferência à satisfação do crédito em detrimento da punição do infrator, tratando-se de política adotada não apenas no Brasil, mas também em outros países.

Ora, sem adentrar no mérito dessa questão, se o pagamento constitui hipótese legal de extinção do crédito tributário, bem como de extinção da punibilidade de crimes tributários e previdenciários, e se a constituição definitiva do crédito tributário figura, hoje, como pressuposto para a ocorrência desses crimes, pode-se concluir, igualmente, que a decadência do tributo, ao afastar o direito de o Estado constituir ou mesmo exigir o crédito tributário do sujeito passivo, impede também que se proceda criminalmente contra o contribuinte, por manifesta falta de justa causa.

Em excelente artigo sobre o tema, **Aldo de Paula Junior** e **Heloisa Estellita** tiveram a oportunidade de defender, também, que “se o tipo penal tributário toma como elemento normativo o termo tributo, que só se configura como objeto de uma relação jurídico-tributária convertida em linguagem jurídica competente (lançamento), e tendo sido a conversão fulminada pela decadência, é inviável a configuração do tipo penal tributário por ausência de um de seus elementos” (“Efeitos da Decadência do Crédito nos Crimes contra a Ordem Tributária”, in *Direito Penal Tributário* / **Marcelo Magalhães Peixoto**, **André Elali** e **Carlos Soares Sant’Anna**, coordenadores, São Paulo: MP Editora, 2005, pp. 11-27).

Nesse sentido, aliás, encontra-se recente decisão proferida pela 5ª Turma do STJ, em 13.3.2007, no julgamento do HC 56.799/SP, de relatoria da min. **Laurita Vaz**, segundo a qual “os crimes do art. 1º são materiais ou de resultado, somente se consumando com o lançamento definitivo do crédito fiscal”; nesse contexto, “decaindo a administração fiscal do direito de lançar o crédito tributário, em razão da decadência do direito de exi-

gir o pagamento do tributo, tem-se que, na hipótese, inexistente justa causa para o oferecimento da ação penal, em razão da impossibilidade de se demonstrar a consumação do crime de sonegação tributária”.

Idêntica conclusão pode ser tomada com relação às demais hipóteses de extinção do crédito tributário previstas no art. 156 do CTN, porque a não constituição ou mesmo a desconstituição do crédito provisoriamente lançado (com o AIIM, por exemplo), por ocorrência de uma dessas hipóteses legais, afasta igualmente a justa causa para a ação penal pelos crimes que têm, no crédito tributário, o elemento normativo do tipo. E sem o qual não há crime a punir-se, até porque o Fisco terá tido satisfeito seu principal interesse, qual seja, o da ar-

recadação tributária.

Outro não pode ser também o entendimento a ser conferido ao parcelamento e às demais modalidades de suspensão do crédito tributário previstas no art. 151 do CTN, no sentido de que tais situações impedem, igualmente, o início ou a continuidade da ação penal ou mesmo do inquérito policial. Sabe-se que o parcelamento constitui, na legislação penal em vigor (Lei nº 10.684/03, art. 9º), hipótese de suspensão da pretensão punitiva (e da prescrição). Ora, se assim é com relação ao parcelamento, as demais modalidades de suspensão do crédito tributário devem evitar, igualmente, que se instaure qualquer procedimento criminal contra o contribuinte, até porque o crédito tributário, elemento integrante do crime, encontra-se com sua exigibilidade suspensa.

### NOTA

(1) Artigo concluído em 23.8.2007. Artigo que teve a colaboração da estagiária de Direito **Gabriela Pauletti**.

**Fabio Machado de Almeida Delmanto**

Advogado criminalista em São Paulo e mestre em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da USP

**Marcelo Knopfelmacher**

Advogado tributarista em São Paulo e mestre em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da PUC/SP

# EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DE TRIBUTO NO CRIME DE DESCAMINHO E O JULGAMENTO DO HC Nº 48.805

Robson Antonio Galvão da Silva

Durante a vigência do Decreto-lei 157/1967, já havia controvérsia sobre a aplicação da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo antes do oferecimento da denúncia ao crime de descaminho. Todavia, o STF editou a Súmula 560 que estabelecia: "A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo devido estende-se ao crime de contrabando ou descaminho por força do art.18, § 2º, do Decreto-lei 157/1967."

Cumprir observar que mencionado § 2º determinava que se extinguiu a punibilidade quando a imputação penal, ainda que de natureza diversa da Lei nº 4.729/65, decorresse de ter o agente elidido o pagamento de tributo.

Posteriormente, com a publicação da Lei 6.910/1981, impossibilitou-se a extinção da punibilidade em razão do pagamento do tributo devido. Todavia, a Lei 9.249/1995 novamente previu tal possibilidade, ao estabelecer em seu art. 34: "Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia."

Parte significativa da doutrina, atenta aos princípios do sistema penal democrático, passou a defender a aplicação dessa previsão legal ao crime de descaminho, uma vez que o bem jurídico tutelado seria o mesmo. Embora a lei não tenha se referido expressamente ao artigo 334, deveria ser a extinção da punibilidade a ele estendida, em razão do princípio da isonomia, manifestada na máxima *onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito*. Dentre os defensores desse entendimento, vale destacar os nomes de **Alberto Silva Franco**, **Rui Stoco** e **Celso Delmanto**.

Porém, os tribunais pátrios firmaram entendimento no sentido de que a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo antes do oferecimento da denúncia não se aplica ao crime de descaminho. Como fundamento, aponta-se, principalmente, a taxatividade do referido artigo 34, que faz menção expressa às Leis 8.137 e 4.729. Além disso, sustenta-se que o bem jurídico tutelado no crime de descaminho, além de abranger o interesse da Fazenda Nacional em ver o tributo recolhido, protegeria também a administração pública no que diz respeito à incolumidade do regime de importação e exportação, especialmente no que concerne aos interesses da indústria nacional. Seria inaplicável, assim, a analogia, pois não haveria lacunas na lei e nem as situações referidas seriam semelhantes. Nessas situações, o máximo que se tem reconhecido é a diminuição da pena, nos termos do artigo 16 do Código Penal, considerando-se o pagamento do tributo como arrependimento posterior.

Julgados em sentido contrário são raríssimos e isolados. Por questão de reconhecimento, vale destacar o julgamento dos Embargos

Infringentes nº 98.02.27550-6, do TRF da 2ª Região e, em especial, o seguinte trecho do voto da relatora, desembargadora **Tânia Heine**: "De fato, apesar de situado no capítulo dos crimes praticados pelo particular contra a administração em geral, nota-se que o descaminho é uma fraude meramente aduaneira. Dessa forma, o tipo protege tão somente o interesse do Fisco, não restando atingidos outros interesses públicos. Esta é a tese esposada pelo ilustre procurador regional da República, dr. **Juarez Tavares**. Veja-se trecho do seu douto parecer: '...o entendimento que abraçamos, mais condizente com a realizada e a estrutura da ordem jurídica, bem como com os fins que o próprio Estado se propõe para a sua política criminal, afóra os dados da ordem econômica, é de que aqui há a salvaguarda tão-somente do interesse fiscal...' (...). Assim, tendo havido o pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia, há que ser reconhecida a extinção da punibilidade nos termos do art. 34 da Lei 9.249/95, diante do parecer do MPF e dos aspectos fáticos do presente caso."

Nos tribunais superiores precedentes nesse sentido são, há muito tempo, inexistentes. Porém, no último dia 26/06, no julgamento do HC 48.805/SP (acórdão ainda não publicado), impetrado pelo advogado **Roberto Podval** e outros, o STJ concedeu a ordem para trancamento da ação penal, entendendo que o pagamento do tributo antes do oferecimento da denúncia extingue a punibilidade também no crime de descaminho. A ministra relatora, **Maria Thereza Rocha de Assis Moura**, entendeu que a Lei nº 10.684/2003 deixou clara a existência de outros tipos penais de cariz tributário além daqueles presentes na Lei nº 8.137/1990, apontando dispositivos, especialmente crimes previdenciários, em que também se aplica a extinção da punibilidade. Concluiu que o crime de descaminho é intrinsecamente tributário, com o que cabe a aplicação analógica do artigo 34 da lei 9.249/95. O voto foi acompanhado pelo min. **Nilson Naves**. Votaram contra os mins. **Hamilton Carvalhido** e **Paulo Gallotti**. Como se encontrava afastado o min. **Paulo Medina**, até então não substituído, houve empate e, consequentemente, foi concedida a ordem.

Ainda se trata de um caso isolado, fruto de um julgamento que findou empatado. Todavia, foi proferido por um tribunal superior, consistindo em relevante precedente. Ressurge a esperança de que essa questão volte, ao menos, a ser efetivamente discutida nos tribunais, vindo a prevalecer no futuro a interpretação que mais se amolda ao sistema penal democrático e seus princípios.

**Robson Antonio Galvão da Silva**

Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Federal do Paraná, mestrando em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná e advogado criminal



COORDENADORES REGIONAIS:

1ª REGIÃO (AP, MA e PA):

João Guilherme Lages Mendes

2ª REGIÃO (AC, AM e RR):

Fabiola Monteconrado Ghidalevich

3ª REGIÃO (PI, CE e RN):

Patrícia de Sá Leitão e Leão

4ª REGIÃO (PB, PE e AL):

Oswaldo Trigueiro Filho

5ª REGIÃO (BA e SE):

Wellington Cesar Lima e Silva

6ª REGIÃO (RJ e ES):

Márcio Barandier

7ª REGIÃO (DF, GO e TO):

Pierpaolo Bottini

8ª REGIÃO (MG):

Felipe Martins Pinto

9ª REGIÃO (MT, MS e RO):

Francisco Afonso Jawsnicker

10ª REGIÃO (SP):

Ricardo Guinalz

11ª REGIÃO (PR):

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

12ª REGIÃO (RS e SC):

Rafael Braude Canterji

BOLETIM IBCCRIM

- ISSN 1676-3661 -

COORDENADORA-CHEFE:

Carina Quito

COORDENADORES ADJUNTOS:

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

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

DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO,  
MONTAGEM E FOTOLITO:

Ameruso Artes Gráficas

Tel./Fax (11) 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

## ATIPICIDADE DA CONDUTA DO “LARANJA” QUE AUXILIA O CONTRIBUINTE NA OCULTAÇÃO DO LUCRO

Fábio Tofic Simantob

É lição corrente tanto na doutrina<sup>(1)</sup> em matéria de crimes fiscais, como na jurisprudência, que o **sujeito ativo** do delito de sonegação fiscal é o contribuinte do tributo, havendo inclusive decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo considerando o **crime de sonegação fiscal delito de “mão própria”**.<sup>(2)</sup>

De acordo com este entendimento, abre-se, a nosso ver, uma reflexão acerca da conduta do “laranja” que, a despeito de não ser o contribuinte, auxilia este na ocultação de lucros mantidos à margem da declaração de imposto de renda, tendo como modalidade mais conhecida a pulverização de valores em contas bancárias de vários “laranjas”.

Nestes casos, não há que se falar em aplicação dos institutos da co-autoria e da participação (artigo 29, CP) aos agentes que emprestam suas contas bancárias para o intuito acima aludido.

Sim, pois as *ações ou omissões* previstas nos tipos dos artigos 1º e 2º da Lei n. 8.137/90 fogem completamente à esfera de responsabilidade do “laranja” colocado nestas condições, pois, como visto, é do contribuinte e de ninguém mais as obrigações de agir ou omitir, conforme o caso, nas informações que devem ser prestadas ao Fisco.

A propósito, o que se verifica na prática é um total desconhecimento por parte do “laranja” de qual será o tratamento tributário que o beneficiário pela ocultação pretende empregar no momento de fazer sua declaração de Imposto de Renda.

É possível, até mesmo, conjecturar hipótese em que o “laranja”, além de não participar da sonegação, mostra-se totalmente indiferente à vontade do beneficiário pela ocultação, no caso, por exemplo, deste resolver informar o lucro na declaração anual de imposto de renda, sem dar conhecimento disto ao “laranja”.

Seja como for, o que se tem verificado na prática é a instauração de procedimento administrativo fiscal somente contra o “real” contribuinte, mas com o subsequente oferecimento de denúncia criminal também contra os “laranjas” em cujas contas tenha transitado, pulverizada ou integralmente, o lucro não declarado.

Sucedendo que, se a propositura de ação penal contra o “laranja” já seria totalmente descabida no caso de ele não ser o contribuinte, faltando a ele, portanto, legitimidade para figurar no pólo passivo da ação penal, no caso de haver procedimen-

to fiscal só contra o contribuinte e denúncia criminal contra todos, inclusive os “laranjas”, o problema é maior.

É que, em situações como esta, além do “laranja” não poder figurar no pólo passivo da ação penal em virtude da natureza do delito imputado (crime próprio), isto significaria obrigá-lo a se defender da exigência de um débito tributário, de cuja discussão ele esteve completamente alijado na esfera administrativa.

Mais que isto, com a pacificação do entendimento jurisprudencial segundo o qual não poderá haver persecução penal sem a prévia constituição do débito tributário na esfera fiscal (trânsito em julgado do procedimento administrativo),<sup>(3)</sup> o titular da ação penal está forçado a denunciar apenas o devedor do débito, caso contrário, há o risco de situações esdrúxulas, como a de se acusar alguém que, mesmo se desejar, não poderá pagar o débito para se ver livre da ação penal, porque não é titular da dívida.

Seria, no frigidar dos ovos, tornar o réu “laranja” *refém* do livre arbítrio do réu contribuinte — de quitar ou não o débito — em claro desequilíbrio de armas entre os acusados.

Ainda sob esta ótica, permitir que alguém responda criminalmente por uma **dívida fiscal cuja procedência sequer lhe foi dada oportunidade de discutir na esfera administrativa**, seria romper drasticamente com o direito ao **contraditório** e à **ampla defesa**, expressamente garantidos na Carta Magna não só em processos judiciais mas também em procedimentos administrativos (art. 5º, LV, da CF).

De fato, se só o “real” contribuinte é autuado, toda a tese elaborada com o intuito de afastar a exigência tributária será construída sem a participação dos demais acusados, os chamados “laranjas”, os quais, por conseguinte, terão **permanecido à margem do processo administrativo fiscal**.

Desta forma, se já seria inviável imputar o crime de sonegação ao “laranja”, por exigir o tipo penal sujeito ativo próprio — no caso, o contribuinte — esta conclusão mostra-se ainda mais certa quando o processo administrativo fiscal o tiver deixado de fora da discussão tributária do débito.

Diante destas explanações, é inevitável a indagação: qual crime comete então o “laranja” nestas condições? A nosso ver, nenhum: sua conduta é patentemente atípica.

Isto se explica porque a ocultação de valores neste caso não pode se enquadrar no crime de lavagem de capitais, porque, como se sabe, tal delito não contempla a sonegação em seu rol de crimes antecedentes.

Assim o é, não por descuido do legislador, mas porque na sonegação “*não há em decorrência de sua prática, aumento do patrimônio com a agregação de valores novos. Há, isto sim, manutenção do patrimônio existente*”.<sup>(4)</sup>

Exatamente porque “*o rol destes delitos é taxativo e isso significa que a ocultação ou dissimulação proveniente de qualquer outro delito, ainda que grave, não caracteriza o delito de lavagem no Brasil*”,<sup>(5)</sup> este enquadramento também não poderia ser dado à hipótese de sonegação ora versada.

De todo modo, não há de ser confundida a ocultação de valores que sejam provenientes de crime, como ocorre no crime de lavagem, que é sempre posterior ao crime antecedente, com a ocultação de valores que é usada não no *post delicti*, mas no *iter criminis* como *modus operandi* da prática do crime, como sucede na modalidade de sonegação fiscal ora em estudo.

A conclusão a que se chega é que quando o lucro do contribuinte é espalhado em várias contas bancárias, com o objetivo de ludibriar a fiscalização tributária, embora moralmente indesejável, não há como responsabilizar o “laranja” em cuja conta o dinheiro tenha transitado, sobretudo, se o procedimento fiscal tiver sido instaurado somente contra o contribuinte do tributo devido.

### NOTAS

- (1) DELMANTO, Roberto e outros. *Leis Penais Especiais Comentadas*. Renovar, Rio de Janeiro, 2006, p. 242. No mesmo sentido: PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*, Revista dos Tribunais, 2004, p. 408.
- (2) TJSP, AP. 192.179-3, 3ª CCR, rel. des. Cerqueira Leite, j. 28.04.1997, v.u.
- (3) Neste sentido, o paradigmático julgamento do Tribunal Pleno do STF, no HC 81.611 de relatoria do min. Sepúlveda Pertence, publicado no DJ de 13.05.2005.
- (4) DELMANTO, Roberto e outros. *Leis Penais Especiais Comentadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 558 – grifos nossos.
- (5) CALLEGARI, André Luís. *Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro: Aspectos Criminológicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 162.

Fábio Tofic Simantob

Advogado criminalista e diretor do Instituto de Defesa do Direito de Defesa

# O REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA NA LEI Nº 11.464/07: A INCONSTITUCIONALIDADE REVIGORADA

Leonardo Rosa Melo da Cunha

## I. Introdução

A recente Lei nº 11.464/07 foi recebida com aplausos pela comunidade jurídica por instituir, expressamente, o direito à progressão prisional de regime a condenados por crimes hediondos e equiparados. O entusiasmo, no entanto, deve ser comedido. Se o legislador finalmente estendeu o sistema progressivo à generalidade dos crimes pertencentes àquela categoria de delitos, o fez, registre-se, a contragosto. Forçaram-no à normatização tanto a declaração de inconstitucionalidade do § 1º, art. 2º, da Lei nº 8.072/90, dada no HC nº 82.959, quanto a posição maciça dos julgadores, principalmente do STF e STJ, que passaram a deferir sistematicamente a progressão de regime a todos os condenados após a manifestação da corte suprema. A lei apenas incorporou aquilo que a prática consagrara. Porém, a sentença de morte do “regime executivo de apodrecimento em vida do condenado”,<sup>(1)</sup> como Nilo, com ímpar maestria, adjetivou o retrógrado instituto da obrigatoriedade do cumprimento integral da pena em regime fechado, apenas suavizou a nódoa de inconstitucionalidade da lei hedionda. A atual redação do dispositivo atacado no *habeas* paradigmático, conferida pela Lei nº 11.464/07, veicula a mesmíssima incompatibilidade material com a Constituição da República antes corporificada na norma original, qual seja, violação ao princípio constitucional da individualização da pena.

## II. O regime de cumprimento de pena na Lei nº 8.072/90: o subsistema de exceção

Até o advento da Lei nº 8.072/90 — fruto do passionalismo punitivista de vertente ortodoxa que narcotizou o legislador penal nos estertores dos oitenta e limiar da década de 90<sup>(2)</sup> —, vigia regime jurídico único de cumprimento de pena e a progressão de regime. A Reforma Penal de 84 consagrou a adoção dum modelo de distensão paulatina e gradual do rigor carcerário já acolhido pelo CP de 40 em sua gênese e que, ao longo do tempo, foi sendo pouco a pouco lapidado.

Originariamente, a lei penal de regência previa, ainda que timidamente, uma espécie de progressão no cumprimento da reprimenda prisional, com a passagem do condenado do regime mais gravoso para colônia penal conforme a quantidade de pena em execução e o bom comportamento carcerário (art. 30, § 2º, incisos I e II). Lyra, aludindo ao texto primitivo, afirma

que o Código de 40 “adotou um sistema progressivo e não o sistema progressivo, construindo, com uma progressão original, flexível e realista, o sistema progressivo brasileiro”.<sup>(3)</sup> Posteriormente, a Lei nº 6.416/77 institucionalizou três regimes diferenciados e sucessivos de cumprimento da sanção criminal tal como hoje os conhecemos — fechado, semi-aberto e aberto — e regulou a inserção em cada um deles de acordo com a graduação do *quantum* de pena aplicada ao condenado (art. 30, § 5º, incisos I, letras “a” e “b” do Código Penal), sistema este que viria a ser mantido e aperfeiçoado na grande reforma de 84. A LEP, por seu turno, complementando a progressividade prevista no art. 33 do CP, estabeleceu o resgate de determinada parcela da pena (1/6) como requisito objetivo para a passagem de um regime a outro (art. 112), definitivamente acolhendo a desinstitucionalização progressiva no cumprimento das penas privativas de liberdade.

Extrapolando a autorização contida no inciso XLIII, art. 5º, da Constituição da República, o legislador penal forjou, no interior da Lei nº 8.072/90, um subsistema de exceção para os crimes hediondos e equiparados no que concerne às regras gerais de fixação do regime e de progressividade na fase de sua execução. Derrogando o art. 33 do CP e o art. 112 da LEP, o art. 2º, § 1º, da lei hedionda, em seu desenho normativo primário, continha duas normas diversas sobre a matéria: (i) fixação de regime único para todos os condenados por crimes hediondos e equiparados e (ii) proibição de flexibilização *in mellius* do título executivo judicial para fins de progressão de regime. Assim, a despeito da quantidade de pena imposta e das circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do CP, retirou-se do juízo criminal competente para o processo de conhecimento a incumbência de eleger, à luz da norma geral do art. 33, o regime adequado a ser observado no cumprimento da pena, restando-lhe a via única de impor, sempre e sempre, o mais gravoso (fechado); já ao juízo da execução solapou-se a competência circunscrita no art. 66, inciso III, letra “b”, da LEP, com a vedação do sistema progressivo àquele categoria de crimes.

## III. O duplo enfoque do princípio individualizador

Conforme Silva Franco, “a questão da individualização da pena tem sido objeto de exame em três níveis: constitucional, legal e judicial”, não sendo possível, prossegue o ma-

gistrado paulista, “em face da ordem constitucional vigente, a cominação legal da pena, exata em sua quantidade, nem a aplicação ou execução de pena, sem intervenção judicial, para efeito de adaptá-la ao fato concreto, ao delinqüente ou às vicissitudes de seu cumprimento”.<sup>(4)</sup> Significa dizer que o processo de individualização da reprimenda, que se dá em três níveis diversos — legislativo de cominação abstrata (criminalização primária), judicial de concretização da sanção penal no processo de conhecimento (criminalização secundária) e na execução da decisão penal condenatória —, envolve não somente a fixação de determinada quantidade de pena dentro dos limites da escala punitiva enunciada no preceito secundário da norma penal incriminadora, mas também a correlata eleição da forma a ser imposta à sua execução (regime de cumprimento) dentre aquelas postas à disposição do julgador pelo art. 33 do CP.

Sendo o regime, na precisa lição de Pitombo, “o estado de cumprimento de pena, em que se coloca o condenado, no tocante à intensidade modulada de redução de liberdade”,<sup>(5)</sup> o dinamismo da pena na execução é operado pela diversidade qualitativa dos regimes. De fato, o espaço de liberdade a que alude Pitombo e a extensão da vigilância carcerária exercida sobre o condenado dependem diretamente da forma que a pena assumirá no limiar da fase executiva, variando de um grau máximo de restrição no regime fechado, a que se segue o afrouxamento do rigor no regime intermediário, e, na ponta da linha, um estado de quase-liberdade no regime aberto, calcado na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. Nítida e sensível a diferença entre os três regimes previstos em lei, a decisão judicial deve recair sobre o qual se mostre, em conjugação sistemática com o *quantum* sancionatório fixado, “necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”<sup>(6)</sup> e, simultaneamente, numa visão prospectiva da pena, apto a propiciar a “harmônica integração social do condenado”<sup>(7)</sup> na execução do julgado.

Particularizar a sanção penal em consonância com a modelagem constitucional significa desenvolver racionalmente duas atividades ligadas reciprocamente por vínculos legais pertinentes à gravidade do fato-crime e à culpabilidade mensurada do agente: estabelecer o tempo de privação temporária de liberdade do condenado e a forma que ditará o cumprimento inicial da reprimenda. A atuação do julgador no momento de estabelecer a resposta penal está

vinculada a parâmetros normativos predefinidos, podendo variar, de forma fundamentada, dentro dos limites quantitativos e qualitativos cominados abstratamente pelo legislador. O regime de cumprimento da pena, a par de constituir questão própria da sanção, há de estar logicamente conectado com a quantidade de pena e as circunstâncias judiciais, dando corpo e vida própria à sanção. Bem por isso, o art. 59 do CP estabelece a ordem sequencial a ser seguida pelo julgador: primeiro, definição do aspecto quantitativo (inciso II) da sanção; em seguida, mas conexo com a etapa anterior, a fixação do regime (inciso III).<sup>(8)</sup>

Ora, a rígida predisposição em lei de idêntico regime aplicável a certa categoria de delitos implica na vulneração do postulado individualizador guarnecido pela Constituição da República e cristalizado na legislação ordinária, especialmente quando a opção legislativa reuniu arbitrariamente, sob o rótulo comum de hediondos e equiparados, figuras penais absolutamente díspares entre si, seja pela diversidade referente à composição típica de cada uma delas, seja em função do bem jurídico diferenciado tutelado pela respectiva incriminação, seja ainda em razão da quantidade de pena cominada a cada delito, ou em razão de qualquer outro critério que não guarde o mínimo de similitude entre os delitos agrupados na mesma categoria jurídica. **Karam**, ainda no nascedouro da Lei nº 8.072/90, havia já percebido que a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º não residia apenas na exclusão do sistema progressivo — observável na fase da execução penal —, mas igualmente na fixação do regime fechado para todos os delitos por ela abrangidos, ao consignar, com peculiar acuidade, que “*nossa legislação não deixa dúvida de que a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade é um dos aspectos do princípio individualizador, remetendo-a às mesmas circunstâncias que impõe sejam consideradas no estabelecimento da natureza e da quantidade da pena aplicável ao condenado*”.<sup>(9)</sup> Arremata a doutrinadora asseverando que “*elevado o princípio da individualização da pena ao patamar de garantia constitucional, tampouco poderia haver dúvida da inconstitucionalidade de dispositivo legal, que, vedando a possibilidade de estabelecimento inicial e/ou progressão para outros regimes que não o fechado, veda a consideração de um dos fatores indispensáveis à concretização daquele princípio*”.<sup>(10)</sup>

A efetividade do princípio individualizador reclama não somente a atividade jurisdicional nos processos de conhecimento e de execução, mas a prévia configuração normativa de um esquema que estabeleça diferentes regimes de cumprimento da

pena prisional com uma gradação mais ou menos maleável, permitindo a concreta particularização da pena sob duplo enfoque: quantidade + forma. O STF perdeu, portanto, valiosa oportunidade para assentar que a individualização da pena engloba necessariamente, ao lado da mensuração de sua quantidade (aspecto temporal), a correlata eleição da respectiva forma de cumprimento (regime) da sanção. O vício de inconstitucionalidade não se configura apenas quando se obstaculiza ao condenado o direito à progressão prisional de regime na fase de execução, tal como positivou a corte suprema, mas também quando, a exemplo da redação originária da Lei nº 8.072/90, se prenuncia na norma, *ex ante* e de modo absoluto, o mesmo regime de pena para toda uma categoria de delitos reunidos, repita-se, aleatoriamente pelo legislador, sob o negro véu de crimes hediondos e equiparados.

#### IV. O regime de pena na Lei nº 11.464/07

Em servil obediência à posição firmada pela suprema corte, não restou alternativa ao legislador penal senão prever legalmente, para a generalidade dos crimes hediondos e equiparados, o permissivo da progressão de regime. No dia 29 de março de 2007, passou a vigorar a Lei nº 11.464, que promoveu pontual inciso modificadora na feição originária do art. 2º da Lei nº 8.072/90, conformando-o à decisão proferida no HC nº 82.959. Segundo o novo § 2º, os condenados por aquela categoria de crimes poderão postular a progressividade o resgate de determinada parcela da pena: fração de 2/5, caso primário for, ou 3/5, se ostentar a condição jurídica de reincidente.

No entanto, continua imaculado o quadro normativo anterior no que toca ao regime de cumprimento da pena privativa de liberdade reservado a condenados por crimes hediondos e equiparados. A pecha de inconstitucionalidade permanece viva na redação do novo § 1º, art. 2º, da Lei nº 8.072/90 na medida em que “*a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado*”, revigorando, pois, a restrição já existente no bojo da norma original. Come se vê às claras, neste ponto inexistente qualquer diferença de conteúdo da norma quando em cotejo com a precedente: o regime a ser observado continua a ser, para todos os delitos arrolados no art. 1º da lei, o mais rígido. Permanece excepcionada, no particular, a regra geral do art. 33 do CP, com a subsistência parcial do subsistema de exceção inaugurado pela Lei nº 8.072/90.

Em outras palavras: nos exatos termos da Lei nº 11.464/07, independentemente do delito praticado, da quantidade de pena fi-

xada e das condições pessoais do condenado, o julgador, a teor da novel disciplina legal, está jungido a fixar, obrigatoriamente, o regime fechado quando versar a hipótese sobre crimes hediondos e equiparados. A recalitrância pode-se debitar na conta do STF, em cujo entendimento, sedimentado no julgamento do HC nº 82.959, buscou respaldo o legislador para novamente repetir a esdrúxula previsão de um mesmo regime de cumprimento de pena quando em jogo os crimes arrolados na Lei nº 8.072/90. Caso a corte suprema tivesse dado um passo a mais e não se limitasse a reconhecer o princípio da individualização apenas na fase executória do julgado criminal, certamente o legislador não se animaria a perpetuar semelhante previsão na nova lei, com o que estariam repristinadas as regras gerais de fixação do regime contidas no art. 33 do Código Penal.

Finalmente enterrado no sepulcro dos trastes autoritários, o regime integralmente fechado jaz na triste história da execução penal, mas ainda perambula pelo ordenamento jurídico seu primo-irmão, agora revitalizado pela Lei nº 11.464/07. Alvitra-se que a doutrina e a jurisprudência, especialmente no âmbito do STF, avancem no sentido de também reconhecer-lhe a incompatibilidade material com a Constituição da República, tal como **Karam** sacramentara quanto à lei de tortura<sup>(11)</sup>, veiculadora de semelhante previsão. Sobrevive a esperança, ao menos, na voz quase sempre dissonante e insular do ministro **Marco Aurélio**, que, numa passagem do voto proferido no HC nº 82.959, glosou com precisão cirúrgica a dupla dimensão do princípio constitucional da individualização da pena: “*Assentar-se, a esta altura, que a definição do regime e modificações posteriores não estão compreendidos na individualização da pena é passo demasiadamente largo, implicando restringir garantia constitucional em detrimento de todo um sistema e, o que é pior, a transgressão a princípios tão caros em um Estado Democrático como são os da igualdade de todos perante a lei, o da dignidade da pessoa humana e o da atuação do Estado sempre voltada ao bem comum*.” Oxalá não se passem outros longos 16 anos para que nova decisão restaure por completo o princípio individualizador no sistema penal brasileiro!! Aguardemos.

#### NOTAS

- (1) **BATISTA, Nilo**. “Outro Argumento sobre Crimes Hediondos”, in *Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 347. O autor profetizou a decisão ao consignar que o “*Supremo Tribunal Federal algum dia declarará a inconstitucionalidade da legislação sobre crimes hediondos*”.
- (2) Inspirou a Lei nº 8.072/90 o movimento político-criminal denominado Lei e Ordem, cujos postulados,

- segundo **João Marcelo**, radicam, além de outros pontos, no cumprimento da pena em estabelecimentos de segurança máxima, sujeição do condenado a excepcional regime de severidade, a diminuição dos poderes de individualização do juiz e menor controle judicial da execução, que deverá ficar, quase que exclusivamente, nas mãos da administração penitenciária (**ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo**. “Os Grandes Movimentos Atuais de Política Criminal”, *Fascículos de Ciências Penais*, volume I-1988, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 151).
- (3) **LYRA, Roberto**. *Comentários ao Código Penal, Vol. II - Arts. 28 a 74*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 116.
- (4) **FRANCO, Alberto Silva**. *Crimes Hediondos*. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 224.
- (5) **PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes**. “Os Regimes de Cumprimento de Pena e o Exame Criminológico”, *RT* 583, pp. 312/315.
- (6) Art. 59, CP.

- (7) Art. 1º, LEP.
- (8) A propósito, item 34 da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal: “A opção pelo regime inicial da execução cabe, pois, ao juiz da sentença, que o estabelecerá no momento da fixação da pena, de acordo com os critérios estabelecidos no art. 59, relativos à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social e à personalidade do agente, bem como aos motivos e circunstâncias do crime.”
- (9) **KARAM, Maria Lúcia**. *De Crimes, Penas e Fantasias*, 2ª ed., Niterói: Luam, 1993, p. 190.
- (10) *Idem*, p. 191.
- (11) “A regra do § 7º do artigo 1º da Lei 9.455/97, que, definindo as condutas configuradoras de crimes de tortura, admitiu a progressão de regime no curso da execução, reservando a obrigatoriedade do regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade (obrigatoriedade excepcional da hipótese de condenação pela prática do cri-

me de omissão de evitar ou apurar a tortura, definida na regra do § 2º do referido artigo 1º, para o qual é prevista pena de detenção), igualmente discrepa do que dispõe a norma constitucional, assegurado o princípio individualizador” (**KARAM, Maria Lúcia**. “Direito Penal e Constituição: Alguns Princípios Fundamentais”, in *Revista do Movimento da Magistratura Fluminense pela Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 77).

### Leonardo Rosa Melo da Cunha

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro, membro do Conselho Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro, mestre em Ciências Penais (Criminologia e Processo Penal) pela UCAM/RJ, professor de Processo Penal e Execução Penal da UCAM/RJ, professor de Execução Penal da FESUDEPERJ, professor de Execução Penal do IBDA e professor da Pós-Graduação (Processo Penal) da UNISUAM/RJ

## DRAMATURGIA PUNITIVA “REAL”: JUSTIÇA CRIMINAL DE ILUSÕES

Élcio Arruda

Historicamente, o Direito Penal se assenta no binômio crime-castigo. Sua eficácia, enquanto veículo de controle social institucionalizado, sempre se atrelou à inevitabilidade da punição, graduada segundo a gravidade da infração e as condições pessoais do transgressor. Abstraido o pressuposto de sua efetividade, deságua-se no chamado “simbolismo”, em que setores do sistema criminal passam a ostentar feição meramente decorativa.<sup>(1)</sup> Opera-se, aí, à base de um discurso “real” de conteúdo “falso”: é dizer, a incriminação é real, existe, há tipificação legal e sanção; nada obstante, tem-se a justiça criminal atuando de modo ilusório, falso, em campo movediço. Neste contexto, a militância no foro criminal tem desnudado, amiúde, situações bem afeiçoadas ao que se poderia rotular de “dramaturgia punitiva”.<sup>(2)</sup> o sistema penal vende ilusões, ao invés de efetivamente cerrar fileiras no combate ao crime. Seja-nos permitido, neste espaço, trazer à baila três tópicos merecedores de reflexão a propósito, desvinculados entre si, mas, com idêntico pano de fundo: a irracionalidade jurídica:

1) *Pena de multa: impossibilidade de conversão em privação de liberdade*: A Lei 9.268, de 1º/04/1996, ao conferir nova redação ao artigo 51 do Código Penal, vedou a conversão da pena de multa em privativa de liberdade, operação até então admitida. Dali em diante, inadimplida a sanção patrimonial, efetiva-se, unicamente, sua inscrição em dívida pública e, daí, descortina-se a possibilidade de cobrança no bojo de execução fiscal. Logo, se a multa é a única resposta estatal, não mais há espaço à atuação do Direito Penal, porquanto seu eixo é — e sempre foi — a possibilidade de restringir, limitar ou privar a liberdade do agente. Por isto, desde a modificação legislativa invocada, a maior parte das contravenções tipificadas no Decreto-lei 3.688/41 — exatamente porque sancionadas somente com

multa — e um ponderável elenco de tipos do Código Penal — em que a aplicação apenas de multa é admissível (e.g., artigos 135, 147, 150, 154, 156, 175, 180, § 3º, 286, 315, 320) —, na prática, foram atiradas para fora do Direito Penal: são meros ilícitos administrativos, apenas formalmente rotulados de “infrações penais”. Não mais permitem, portanto, a atuação real, efetiva, do Direito Penal: o infrator se sujeita apenas, em tese, à execução fiscal.<sup>(3)</sup> Ao mesmo tempo, não se sujeitam à censura d’outros ramos do direito (não há, entre nós, um Código de Contra-Ordenações, tal qual Portugal<sup>(4)</sup> ou Alemanha<sup>(5)</sup>). No dia-a-dia, acabam gerando a sensação de impunidade e, de través, fomentam o aumento da criminalidade rasteira, que atazana, profundamente, a vida social. Tem-se, nestes casos (infrações “penais” apenas com multa), um discurso penal real (a ameaça, a prevaricação, a invasão de domicílio são “crimes”), todavia, de conteúdo falso: não permitem a atuação do que se entende por Direito Penal. No particular, a solução é simples: ou efetivamente se arremessa tais infrações penais para outros ramos do direito ou, então, reinstitui-se o sistema antigo, ainda vigorante noutras nações, em que, constatado o inadimplemento da pena de multa, tem lugar sua conversão em restrição de direitos (prestação de serviços) ou em privação de liberdade subsidiária, como se vê, *u.g.*, dos Códigos da Alemanha (§ 43), França (art. 131-25), Espanha (art. 53), Portugal (art. 49) e Itália (art. 136 e Lei 689, de 24/11/81, artigos 102 e 103). A propósito, na doutrina internacional, há consenso quanto à imprescindibilidade da prisão subsidiária, se não adimplida a multa, sob pena de se metamorfosear em instrumento inócuo de política criminal.<sup>(6)</sup>

2) *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*: Os anais da história do direito fornecem visões variadas a respeito da respon-

sabilidade penal das associações de pessoas e/ou pessoas jurídicas. O direito romano, resolutamente, adotava o *societas delinquere non potest*. A seu turno, o direito germânico medieval, à símile do esboço de Direito Penal dos tempos pré-históricos, tolerava a aplicação de sanções penais a *agrupamentos de pessoas* (família, clã), porque integravam um grupo orgânico e indivisível.<sup>(7)</sup> A evolução da dogmática penal, nada obstante, consagrou o crime como produto exclusivo do homem. Somente ele, dotado de personalidade e vontade próprias, ostenta aptidão a protagonizar *condutas* passíveis de censura penal: *nullum crimen sine conducta*.<sup>(8)</sup> Nele, unicamente, é possível se enxergar *culpabilidade*. A pessoa jurídica é mera ficção, inexistente por si e, portanto, sozinha, carece de aptidão à prática de crimes. Por detrás, há, sempre e sempre, o substrato humano, a quem, então, há de se voltar a atuação punitiva. A noção privatística de pessoa jurídica é insusceptível de transposição, sem reparos, para o campo do Direito Penal: lá, opera-se com reflexos patrimoniais e correlatos, enquanto, cá, com a liberdade, apanágio do homem. De tal sorte, em campos tão dispares, é impossível se operar com parâmetros análogos: a pretensa “transusão de sangue” do direito civil para o penal, há muito ensaiada por Binding, revelou-se inexecutável, mercê — repita-se — do marcante diferencial inerente à relação punitiva.<sup>(9)</sup> A realidade é inarredável. Nesta linha, a denominada teoria da ficção ou organicista, opondo-se à da realidade, foi concebida para operar no campo das relações administrativas/patrimoniais, não na órbita penal. O conceito de conduta “*supra-individual*” é inconciliável ao direito de fato: urge, necessariamente, conectar o punir ao homem, com as regras de imputação correlatas. “*Sólo el hombre y el hacer y omitir del ombre son punibles. Existieron hace tiempo, penas y procesos*

contra los animales, pero ya han desaparecido”, na precisa lição de **Mezger**.<sup>(10)</sup> Efetivamente, o eixo do Direito Penal é a natureza de sua resposta, forma suprema de coação estatal, a pena: ameaça de restrição ou privação de liberdade, atributo exclusivo do homem. Fora daí, não se tem “pena”, não se tem “Direito Penal”: tem-se, talvez, outra coisa, outro segmento do direito, não “Direito Penal”. Não há espaço à flexibilização, sob pena de se desaguar na teratologia: um “semi-Direito Penal”. Neste contexto, cogita-se dum direito intermediário, situado entre o público e privado, entre o Direito Penal e o contravençional/administrativo, etiquetado *direito de intervenção*: desprovido das garantias do Direito Penal clássico e, em contrapartida, munido de respostas menos intensas. Não se trata de Direito Penal.<sup>(11)</sup> A “punição” criminal da pessoa jurídica pode até ser real, decorrer da lei; no fundo, contudo, é falaciosa, inexecutável, além de, não raro, transmutar-se em passaporte à alforria de quem a gere ou administra. Induvidosamente, há premência da sociedade moderna em eficazmente arrostar a criminalidade implementada sob o manto de entes fictos, notadamente envolvendo o meio-ambiente, a economia, o sistema financeiro, a administração pública. Reside, aí, quicá, o grande desafio do terceiro milênio para o Direito Penal. Seu adequado enfrentamento, porém, não justifica a desnaturação da conquistas forjadas ao longo de séculos. A bem da verdade, há mecanismos viáveis à consecução do desiderato, plenamente conciliáveis à preservação do núcleo intangível do *Direito Penal*.<sup>(12)</sup> Basta, para tanto, estender as penas/conseqüências acessórias aos entes jurídicos, dotados de patrimônios autônomos, utilizados pelo infrator como *meio* de prática de crimes, mediante confisco de bens, suspensão de atividades, dissolução, proibição de contratar com o serviço público etc. Neste sentido, dispõem os Códigos Penais da Espanha (art. 129) e da França (art. 131-39), à símile da legislação da Itália (Decreto Legislativo 231, de 08-06-2001). Os dispositivos evocados, sob óptica técnica, não consagram a *responsabilidade penal das pessoas jurídicas*, mas, sim, a possibilidade de a lei penal alcançá-las, se empregadas pelos agentes como *instrumentos* ao cometimento de ilícitos: é uma espécie de *confisco* ampliado, sem a necessidade de a atividade empresarial, em si, ostentar foros de ilicitude. A eventual condenação é imposta à *pessoa*, com reflexos no ente inanimado utilizado para o ilícito;

3) O “crime” de posse de droga para uso: A Lei 11.343/06 (nova lei antidrogas), para as hipóteses de posse de droga destinada a consumo pessoal, a título de resposta penal, prevê as “seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso

educativo” (art. 28). A “advertência” remete à medida sócio-educativa correlata contemplada no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90, art. 115).<sup>(13)</sup> A “prestação de serviços”, originariamente substitutiva da pena privativa de liberdade, consiste em tarefas gratuitas realizadas pelo agente, em entidades públicas ou congêneres (CP, art. 46). Já a “medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”, guarda alguma semelhança à limitação de fim de semana, igualmente prevista no Código Penal, artigo 48. Salvo a advertência, as “sanções” têm duração de cinco meses e, em caso de reincidência, poderão se estender por até 10 meses. Para “garantia do cumprimento das medidas educativas” a que injustificadamente se recusar o agente, poderá o juízo submetê-lo, sucessivamente, à “admoestação verbal” e “multa” (art. 28, § 6º). No âmbito do Juizado Especial Criminal, seara reservada à tramitação da infração em exame (art. 48, § 1º), quer ao ensejo de eventual transação penal, quer no contexto de eventual veredicto condenatório, as únicas “penas” passíveis de infligência são aquelas já enunciadas (advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a curso ou programa). Enfim, neste terreno, em hipótese alguma, o infrator poderá se sujeitar à pena privativa de liberdade. Aliás, já na fase pré-processual, sua detenção é absolutamente vedada, mesmo não assumindo compromisso de comparecer ao Juizado Especial Criminal (art. 48, § 3º). Nesta conjuntura, não se tem Direito Penal atuando. Há outro segmento da órbita jurídica em operação, não o direito punitivo, à míngua da gênese que o caracteriza. Na realidade, conquanto a nova legislação tenha persistido em conferir vestimenta de “crime” à conduta de posse de droga destinada ao uso, na essência, agora, engendrou-se infração estacionada à margem do Direito Penal: só a etiqueta é de “crime”. A novel disciplina heterodoxa, ao instituir um simbolismo temerário, olvidou uma realidade inexorável: a outorga de carta branca ao usuário e/ou dependente, financiadores do tráfico, significa o incremento da atividade, com todos os consectários daí decorrentes.<sup>(14)</sup>

Nem o discurso elaborado, nem razões de cunho metajurídico se prestam a ofuscar, nas três situações exemplificativamente evocadas, o desvirtuamento do que se entende por Direito Penal legítimo. A “ilusão da justiça” de que fala **Kelsen**, aqui, parece aflorar vividamente.<sup>(15)</sup>

E ao operador jurídico se impõe diuturna vigília, tal qual uma sentinela, com o escopo de salvaguardar o direito criminal de desvios. É inadmissível se transmute num autômato, palmilhando as “trilhas batidas e cômodas da jurisprudência constante”<sup>(16)</sup> ou entoando, às cegas, o refrão da “doutrina da moda”. Por igual, é intolerável

vel se converta em crítico estéril, desmantelador de institutos, sem propor soluções viáveis. Nem é aceitável, pior ainda, pretenda legitimar o ilegítimo ou deslegitimar o legítimo. O compromisso do penalista, a ser reafirmado neste terceiro milênio, há de perseverar com o Estado de Direito: nada mais.

## NOTAS

- (1) **HASSEMER, Winfried**. *Fundamentos del Derecho Penal*. Tradução espanhola de **Francisco Muñoz Conde** e **Luis Arroyo Zapatero**. Barcelona: Bosch, 1984, p. 96.
- (2) **ZAFFARONI, Eugenio Raúl**. “Globalização e sistema penal na América Latina: da segurança nacional à urbana”, *Discursos sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, v. 2, n. 4, pp. 25-36, jul./dez. 1997.
- (3) Na maior parte dos casos, comporta deflagração, porquanto o montante da dívida fiscal de até R\$ 10.000,00 (dez mil reais) dispensa a cobrança judicial (Lei 10.522/02, artigo 20, com a redação da Lei 11.033/04), excetuadas “as execuções relativas à contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço” (idem, § 3º). A propósito, ato infralegal (Portaria 49, de 1º-04-2004, do ministro da Fazenda), em princípio, carece de aptidão a excluir a multa criminal da disciplina ordinária estatuída por lei.
- (4) **DIAS, Jorge de Figueiredo**. *Direito Penal - Parte Geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, 144-147, 1.
- (5) **ROXIN, Claus**. *Tem Futuro o Direito Penal?* Revista dos Tribunais, v. 790, ago. 2001, pp. 459-474.
- (6) **JESCHECK, Hans-Heinrich**. “Rasgos fundamentais del movimiento internacional de reforma del derecho penal”, *Ciência Jurídica*, v. 3, n. 26, pp. 356-367, mar./abr. 1989 (Fórum Internacional de Direito Penal Comparado - 1989: Salvador).
- (7) **SOLER, Sebastian**. *Derecho Penal Argentino*. 5ª ed., Buenos Aires: TEA, 1992, p. 62, t. 1; **ANTOLISEI, Francesco**. *Manuale di Diritto Penale: Parte General*. Atualização de **Luigi Conti**. 16ª ed., Milano: Giuffrè, 2003, p. 527.
- (8) **FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von**. *Tratado de Derecho Penal Común Vigente en Alemania*. Tradução espanhola da 9ª ed. alemã/1825 por **Eugenio Raúl Zaffaroni** e **Irma Hagemeyer**. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, pp. 54-58.
- (9) **HUNGRIA, Néilson**. “Os Pandetistas do Direito Penal”, *Revista Forense*, v. 118, jul./ago. 1948, pp. 5-10.
- (10) **MEZGER, Edmund**. *Derecho Penal*. Tradução espanhola da 6ª edição alemã [1955]. Buenos Aires: Valleta Ediciones SRL, 2004, t. 1, p. 52.
- (11) **ROXIN, Claus**. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução espanhola da 2ª ed. alemã por **Diego-Manuel Luzón, Miguel Díaz** e **Javier de Vicente**. Madrid: Civitas, 2006, t. 1, pp. 60-62 e 258-259.
- (12) **JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas**. *Tratado de Derecho Penal - Parte General*. Tradução espanhola de **Miguel Olmedo Cardenete**. 5ª ed., Granada: Comares, 2003, pp. 242-248.
- (13) “A advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada.”
- (14) **GRANADO, Marcello**. *Nova Lei Antidrogas*. Niterói: Impetus, 2006, p. 158.
- (15) **KELSEN, Hans**. *A Ilusão da Justiça*. Tradução portuguesa de **Sérgio Tellaroli**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- (16) **COSTA JÚNIOR, Paulo José da**. “O Papel da Jurisprudência”, *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 8.

**Écio Arruda**

Professor de Direito Penal e de Processo Penal, mestre em Direito e juiz federal

## COM A PALAVRA, O ESTUDANTE:

# REPRESSÃO DE EMERGÊNCIA E SUPRESSÃO DE VALORES CONSTITUCIONAIS

Regina Cirino Alves Ferreira

Para o regular relacionamento indivíduo-Estado, inseriu-se, na Constituição Federal, extenso rol de normas de cunho garantista, destinadas a resguardar os direitos fundamentais do ser humano contra o agudo poder estatal intervencionista. No entanto, ao se deparar com situações de crise política e social, intensificadas pela ocorrência de fatos específicos e potencializadas pelos meios de comunicação, observamos o fortalecimento do aparato estatal e a expansão do Direito Penal, como possíveis soluções para o extermínio da criminalidade e retorno à sensação de segurança — o que, por vezes, acaba vilipendiando aquilo que havia sido consagrado como uma garantia, deixando margem ao exercício do arbítrio estatal e em nada amenizando a problemática.

Como conseqüência da situação de medo permanente e anseio pela reestruturação da ordem, há o aparecimento de supostos métodos mágicos no Direito Penal — métodos meramente simbólicos, já que tais soluções em nada repercutem na diminuição da criminalidade, ensejando de fato apenas a constrição de direitos fundamentais.

A utilização do Direito Penal é assim a primeira alternativa a se pensar, pois se acredita na falácia de que, “*só o Direito Penal é rigoroso o suficiente, aos olhos do povo, para cumprir tal desiderato, pois só ele pode afastar o cidadão da sociedade por um período determinado de tempo (embora o desejo popular seja, por vezes o de que tal afastamento fosse eterno ou mais duradouro)*”.<sup>(1)</sup>

Sob o manto da emergência, cumpre atentar ao que realmente se deseja do aparelho repressor e em que medida este é capaz de cumprir a promessa de resgate do equilíbrio social. Além disso, para tal perquirição, há de se verificar quais os limites a serem observados e respeitados ou, ainda, se no denominado estado de emergência penal o limite é não ter limite.<sup>(2)</sup>

Como seqüela da incessante busca pelo retorno à ordem, podemos notar a alteração comportamental dos administradores da Justiça, o desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas ao acusado durante a persecução penal, a banalização do cárcere, a notável consideração da suspeita como regra e, completando esta seara de posturas desmedidas, temos o recrudescimento e a criação de excessivas normas penais.

No tocante à conduta dos administradores da Justiça face à influência da campanha de “lei e ordem”, temos uma sensível alteração comportamental destes, que, mobilizados pelo entendimento de que a desordem somente poderá ser controlada pelo método punitivo, acabam fazendo o

uso de critérios enormemente subjetivos, mesmo comprometendo o *status libertatis* de um cidadão. Neste sentido, a título ilustrativo, podemos mencionar que por vezes a *opinio delicti* emanada pelo Ministério Público se afasta dos limites objetivos, como, por exemplo, na descrição narrativa de um fato insculpido na nova lei antidrogas, de flagrante tipificação mais gravosa por mero subjetivismo. Ou seja, apesar de o fato apurar o “trazer consigo” para uso, sem qualquer esboço de traficância, é imputado assim mesmo ao acusado o crime de tráfico. Ora, há tamanha discrepância entre eles, já que o tipo de tráfico obedece a uma sistemática de rigor extremo à liberdade da pessoa humana, enquanto o tipo do uso referenda políticas de despenalização.<sup>(3)</sup>

Apregoa nossa Carta Magna claras exceções para restringir, em favor do interesse público, direitos e liberdades individuais. Assim, se o crescimento da criminalidade clama por um instrumento que permita a restrição da liberdade antecipada, que ela seja feita num juízo de probabilidade, conforme o modelo legal e desde que demonstrado o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

No entanto, numa tentativa desesperada de conter a criminalidade e, mais que isso, acalmar o estado de pavor social, corriqueiramente transforma-se a prisão em modo investigativo, ainda que não exista liame entre os fatos e o investigado, esquecendo-se que “(...) *todo castigo antecipado é revoltante e atenta contra a dignidade da pessoa humana. É deletério porque retira da sanção a sua eventual expressão pedagógica, transformando-a, apenas, em martírio*”.<sup>(4)</sup> Prisão, como já observado nesses longos anos, em nada significa menor preocupação da sociedade e êxito na segurança pública.

Tal postura, vinculada à histeria popular e potencializada com a violência real ou ficta apresentada diariamente nos meios de comunicação, fomenta o uso da força estatal, que é inócua. Desta maneira, qualquer um do povo pode estar sujeito ao arbítrio oficial, ainda que não conheça a razão para tanto, já que as garantias protetoras do indivíduo abarcadas na Constituição Federal, ao que tudo demonstra, encontram-se em uma espécie de efeito suspensivo, aguardando a regularização da situação dita caótica.

Com a apresentação de forma sensacionalista e dramática de uma realidade que parece beirar o caos, constantemente assistimos o desabrochar de uma enxurrada de leis as quais, aniquilando garantias básicas da pessoa humana, incriminam um número cada vez maior de condutas, promovendo a superafetação do Direito Penal.<sup>(5)</sup>

A atividade inflacionária legislativa sempre é justificada como sendo a medida de rigor para o restabelecimento da ordem, esquecendo-se de que a imaginária solução não é capaz de controlar as atividades criminosas, mas redundando no definhamento do Direito Penal e do consagrado Estado Democrático de Direito, tudo em função de um imediatismo sem limites em virtude de escândalos casuísticos de violência.<sup>(6)</sup>

Em tempos de pânico acaba-se esquecendo de exercitar o raciocínio e a reflexão de quais vias e medidas poderiam ser adequadas, utilizando-se comumente do Direito Penal, retirando-se sua característica de *ultima ratio* para transformá-lo em primeira e única válvula de escape.

Neste sentido, como bem assevera **Francesco Palazzo**, “*Se, de um lado, a ação delitosa constitui, de fato, ao menos como regra, o mais grave ataque que o indivíduo desfere contra os bens sociais máximos tutelados pelo Estado, por outro lado, a sanção criminal, também por natureza, dá corpo à mais aguda e penetrante intervenção do Estado na esfera individual (...)*”.<sup>(7)</sup>

Em conclusão, nota-se que tais comportamentos mostram-se contraproducentes, na medida em que nada é solucionado, mas, ao revés, agrava-se a situação de pânico, concomitantemente ao enrijecimento do sistema repressor e à violação do texto constitucional em desfavor do cidadão.

## NOTAS

- (1) **SOUZA, Luciano Anderson de.** *Expansão do Direito Penal e Globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 156.
- (2) **CHOUKR, Fauzi Hassan.** *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 51.
- (3) **BIZZOTTO, Alexandre & RODRIGUES, Andreia de Brito.** *Nova Lei de Drogas: Comentários à Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 157-158.
- (4) **BRANCO, Tales Castelo.** *Da Prisão em Flagrante*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 5.
- (5) **SCHMITT, Ricardo Augusto.** *Princípios Penais Constitucionais – Direito e Processo Penal à Luz da Constituição Federal*. Salvador: Podivm, 2007, p. 172.
- (6) Cf., sobre o tema: “*É relativamente fácil delinear um modelo garantista em abstrato e traduzir-lhes os princípios em normas constitucionais dotadas de clareza e capazes de deslegitimar, com relativa certeza, as normas inferiores que dela se apartam. Mas difícil é modelar as técnicas legislativas e judiciárias idôneas a assegurar efetividade aos princípios constitucionais e aos direitos por ele consagrados*” (**FERRAJOLI, Luigi.** *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. **Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 752).
- (7) **PALAZZO, Francesco C.** *Valores Constitucionais e Direito Penal – Um Estudo Comparado*. Trad. **Gérson Pereira dos Santos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989, pp. 16-17.

Regina Cirino Alves Ferreira

Acadêmica do 4º ano do curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie

## O DIREITO EM DEBATE:

# O CONSENTIMENTO DO ACUSADO PARA O INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA: UMA OUTRA PERSPECTIVA PARA O DIREITO DE PRESENÇA

Fábio Wellington Ataíde Alves

Recentemente, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal editou uma de suas decisões mais importantes ao considerar inconstitucional o interrogatório por videoconferência. No julgamento,<sup>(1)</sup> entendeu-se que o interrogatório à distância viola os princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. De fato, a decisão representa um inquestionável avanço para a efetivação dos princípios constitucionais, ao reconhecer a importância da autodefesa realizada presencialmente.

Entretanto, rigorosamente não é correto afirmar que o ordenamento infraconstitucional não disponha de qualquer norma que regulamente o assunto. O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, promulgado pelo Brasil a partir do Decreto n. 4.388/02, abona que a “*testemunha preste declarações oralmente ou por meio de gravação em vídeo ou áudio*”, desde que não haja prejuízo para a defesa (art. 69, 2). A submissão do Brasil à jurisdição complementar do Tribunal Penal Internacional Permanente<sup>(2)</sup> permite a aplicação analógica *in bonam partem* do Estatuto quanto aos crimes internos, ou seja, quando o próprio acusado e a defesa técnica consentam com a utilização do recurso audiovisual.

São subsistentes as críticas tempestuosas direcionadas à teleaudiência coercitiva. Grosso modo, as *vantagens* que são suscitadas para a adoção dessa tecnologia geralmente invocam razões de segurança ou de economia financeira, mas olvidam que a própria defesa obtenha algum benefício com o seu uso.

De outro lado, não se sustenta, igualmente, o argumento de que o interrogatório presencial proporciona o exame da personalidade do agente. Tais raciocínios estimam um resgate ao Direito Penal do autor. O interrogatório não pode ser reduzido a um momento de exame da personalidade, por meio da qual se identifique o inimigo.

Por força do princípio da ampla defesa e do devido processo legal, deve devotar-se ao acusado o sagrado direito de ser levado à presença de um juiz. Porém, também não desconhecemos que assiste ao acusado o direito de não ser conduzido coercitivamente até a autoridade jurisdicional ou, de outra forma, de ser *conduzido* pelo menos em imagem e som.

Sob um determinado enfoque, a decisão do STF traz um leve descompasso com o

princípio que pretende proteger. Temos de nos perguntar se a autodefesa foi efetivamente protegida com a abolição do interrogatório por videoconferência. A videoconferência é uma realidade tecnológica disponível e acessível, cuja aplicação não deveria ser simplesmente banida. Ou, noutras palavras, vale dizer que não se consagra a videoconferência como um mecanismo tecnológico invariavelmente prejudicial à defesa.

Seguindo este norte, não duvidamos que a autodefesa — composta pelo direito de audiência e de presença — manifesta o caráter subjetivo (pessoal) do direito à ampla defesa. Todavia, a despeito da importância que se reveste o interrogatório para a autodefesa, convém assinalar que os princípios que norteiam a autodefesa não são os mesmos da defesa técnica. A autodefesa pode ser dispensada<sup>(3)</sup> ou até equilibrada. Desse modo, tanto são diferentes os componentes da autodefesa, que, ao contrário da defesa técnica, não se exige dela eficácia,<sup>(4)</sup> uma vez que o réu pode faltar ao interrogatório ou ainda reconhecer a imputação.

Logo, em última análise, a videoconferência deveria ser um mecanismo tecnológico à disposição dos interesses da autodefesa. Sem desconsiderar as dimensões continentais de nosso país, a defesa pode preferir o emprego de videoconferência pelos mais diversos motivos. Assim, o interrogatório à distância pode, *vg.*, oferecer-lhe a razoável oportunidade de abreviar o tempo de encarceramento, notadamente naqueles casos em que a prisão preventiva fora decretada exclusivamente para garantir a instrução processual, sem ignorar ainda que muitos juízes deixam para analisar o pedido de liberdade provisória depois do interrogatório. Ademais, a videoconferência evita a condução coercitiva até a presença do juiz e, por isto, ameniza, no processo esta cerimônia degradante, o que pode ser proveitoso para a defesa.<sup>(5)</sup> Muito embora seja possível concordar que em si o interrogatório *on-line* pode tornar-se uma cerimônia degradante,<sup>(6)</sup> também será aceitável invocar o princípio da proporcionalidade para resguardar ao réu o direito de poder utilizar esse meio audiovisual, até mesmo evitando que se opere a cerimônia degradante de condução coercitiva.

Deve assegurar-se ao acusado o direito

de empregar mecanismos tecnológicos em seu benefício. Não compete ao juiz o poder de interferir na técnica defensiva. Cabe à defesa discernir se deseja ou não participar presencialmente de tal interrogatório. O fechamento das portas para a videoconferência pode exprimir, sobretudo, uma precipitada interferência na defesa dos acusados que queiram beneficiar-se da tecnologia.

Tanto mais valioso que o direito de presença física perante o juiz se reveste o direito de identidade física do juiz. Mas, contudo, doutrina e jurisprudência seguem admitindo que o réu pode ser julgado por juiz que não o interrogou ou, pior ainda, que sequer participou da instrução criminal.<sup>(7)</sup>

Havendo consentimento e benefício para a defesa, entendo admissível a videoconferência. Não seria difícil encontrar casos concretos onde o seu uso seja benéfico à defesa. Hipoteticamente, como negar a vantagem do emprego da videoconferência para a coleta das testemunhas da defesa residentes noutra Comarca e impossibilitadas de comparecer à sessão do Júri? A lei processual, com a anuência da jurisprudência,<sup>(8)</sup> autoriza o prosseguimento do Júri, se impossível o comparecimento da testemunha (art. 455, § 2º, CPP). Em realidade, o julgamento do Júri pode até se operar com base no depoimento testemunhal colhido por precatória, privando os jurados de realizarem qualquer indagação direta à testemunha ausente, o que, de fato, representa um cerceamento de defesa, não obstante a lei assegure aos jurados o direito de perguntar diretamente (sem interferência do juiz) às testemunhas (arts. 467 e 468, CPP).

A adesão ao sistema audiovisual deve caber à defesa. É útil relembra que um dos primeiros presos interrogados por videoconferência em São Paulo anuiu com a medida porque, segundo alegou posteriormente, quando se dirigia ao juízo tinha que passar o dia inteiro sem alimentação.<sup>(9)</sup> Com efeito, este motivo afigura-se deprimente para aceitação da videoconferência, mas não deixa de ilustrar uma realidade.

Por fim, a utilização coercitiva do interrogatório por videoconferência — contra os interesses da defesa — afronta os princípios constitucionais, porquanto desprovida de qualquer regulamentação

que prescreva a restrição ao direito de presença. No entanto, a aplicação analógica do Estatuto de Roma admite que a teleconferência aconteça com a anuência do acusado, ao qual cabe o direito de equilibrar o seu direito de presença, podendo fazer-se presente perante o juiz apenas em imagem e som.

## NOTAS

(1) STF, HC n. 88.914, 2ª. T., rel. min. **Cezar Peluso**, j. 14/08/2007.

(2) **MACHADO, Máira Rocha**. *Internacionalização do Direito Penal: A Gestão de Problemas Internacionais por Meio do Crime e da Pena*. São Paulo: Ed. 34/Edesp, 2004, p. 107.

(3) **HADDAD, Henrique Bortido**. *Interrogatório no Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 44.

(4) Ci.: **MENDONÇA JUNIOR, Delosmar**. *Princípios da Ampla Defesa e da Efetividade no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 59.

(5) Neste sentido, cf.: **BARROS, Marco Antonio de; ROMÃO, César Eduardo Lavoura**. "Internet e Videoconferência no Processo Penal", *Revista do Centro de Estudos Jurídicos da Justiça Federal*. Brasília, n. 32, pp. 116-125, jan./mar. 2006, p. 123.

(6) **DOTTI, René Ariel**. "O interrogatório à distância: um

novo tipo de cerimônia degradante", *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 34, n. 134, pp. 269-274, abr./jun., 1997, p. 273.

(7) STF, HC n. 76.563-SP, rel. min. **Moreira Alves**, DJ de 19.06.1998.

(8) STJ, HC n. 18.196-SP, rel. min. **Vicente Leal**, j. 23/4/2002.

(9) **CASTELO BRANCO, Tales**. "Parecer Sobre Interrogatório On-Line", *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, nº 124, março, 2003.

**Fábio Wellington Ataíde Alves**

Juiz de Direito (RN) e professor da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte

## O DIREITO EM DEBATE:

# AINDA SOBRE A VIDEOCONFERÊNCIA: BREVES CONSIDERAÇÕES

**Claudia Barrilari**

Em julgamento proferido por unanimidade, a 2ª turma do Supremo Tribunal Federal<sup>(1)</sup> julgou inconstitucional o interrogatório realizado por videoconferência, porque tal ato processual estaria em desacordo com os princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

No entanto, dois meses depois de tal julgamento, um projeto de lei foi aprovado no Senado Federal,<sup>(2)</sup> propondo alterações no Código de Processo Penal, para tornar obrigatória a realização de interrogatório de acusado preso por meio de videoconferência.

Em breves linhas, o entendimento da Corte Suprema, a respeito de tal assunto, centrou-se nos seguintes aspectos:

1) A violação do direito de defesa do acusado, em seus dois aspectos: defesa técnica e autodefesa. Sendo o interrogatório judicial momento oportuno para o exercício da defesa técnica e também da autodefesa, prestigia-se a oportunidade, para o acusado, de exercício dessa garantia, enquanto manifestação do direito constitucional da ampla defesa. Firma-se a posição segundo a qual se considera o interrogatório meio de defesa no processo.

2) Fere a regularidade do procedimento a realização do interrogatório por videoconferência, ocupando, acusado e juiz, espaços físicos distintos; o primeiro, em estabelecimento prisional do Estado-administração e o segundo, na sede do juízo ou tribunal. Ademais, não há permissivo legal que autorize a videoconferência e, ainda que houvesse, sua realização excepcional deveria ficar condicionada à devida motivação da decisão judicial, de modo a aferir-se a efetiva necessidade da medida.

3) O artigo 185 do Código de Processo Penal, tendo sido alterado pela Lei 10.792/03, assegura o direito de o acusado comparecer perante o juiz de direito para ser interrogado; também possibilita a realização do interrogatório do acusado preso dentro

do estabelecimento prisional, na presença do juiz (que se desloca ao estabelecimento prisional) e do defensor.

4) Destaque ao caráter pessoal do processo, a possibilidade de que o acusado esteja em contato real com o juiz, assim como a possibilidade de que o acusado tenha liberdade para se comunicar com o advogado.

5) A preservação das garantias constitucionais do indivíduo em face das inovações tecnológicas.

6) Finalmente, não há como se assegurar, por meio da videoconferência, a garantia da publicidade dos atos processuais.

É digna de elogios a decisão do Supremo Tribunal Federal, frente à estrutura atual do processo penal. A videoconferência interfere drasticamente no modo pelo qual acontece a dinâmica processual tradicional.

Em outras palavras, a falta de contato direto entre o acusado e o julgador e a não observância de garantias são obstáculos intransponíveis ao se pretender a defesa da videoconferência.<sup>(3)</sup>

O projeto de lei mencionado estabelece o interrogatório por videoconferência como regra, desde que preenchidas determinadas condições, como a fiscalização, pelo Poder Judiciário, pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil, do local reservado para a realização dos atos, dentro do estabelecimento penal; além de meios próprios para assegurar a comunicação reservada entre acusado e defensor.

Na falta de condições para realizar o ato dessa forma, ainda segundo o projeto de lei, o interrogatório será realizado no estabelecimento prisional, na presença do juiz e do defensor, desde que garantida a segurança do magistrado e de seus auxiliares e a publicidade do ato.

O interrogatório que não se realizar de uma ou outra forma será realizado de

modo convencional.

Caso o projeto venha a ser sancionado, questiona-se, inicialmente, se as modificações são aptas para afastar os entraves suscitados na decisão do STF. Não se pode perder de vista que a realização do interrogatório do acusado por meio eletrônico é um fator desestabilizador da estrita observância dos princípios constitucionais legitimantes do justo processo. Não é suficiente a previsão legal do ato sem compatibilizá-lo com as garantias do devido processo legal, e sem nenhuma adequação à realidade do sistema processual brasileiro.

A atividade processual, nos dias de hoje, não há que ser concebida sem relacionar-se com os princípios garantistas próprios de um Estado constitucional de direito, vinculado inexoravelmente à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, apenas se pode conceber o processo penal como instrumento voltado à tutela da liberdade jurídica do réu, e não apenas como um meio pelo qual o Estado exerce sua pretensão punitiva.

A manifestação da tutela da liberdade jurídica do acusado é feita prestigiando-se os princípios constitucionais que garantem a efetividade do devido processo legal, dentre eles, a ampla defesa, a observância do procedimento legal, a publicidade dos atos processuais, a motivação das decisões judiciais.

O interrogatório é instrumento pelo qual o acusado defende-se da imputação que lhe é feita. É, por natureza, o momento próprio de defesa; necessita de total respaldo jurídico de modo a poder assegurar ao acusado a possibilidade de alegar os elementos que possam levar à improcedência da acusação.

Além disso, é preciso lembrar que o sistema carcerário brasileiro encontra-se em situação precária.

Nesse contexto, o acusado que sofre ameaças ou que, por qualquer motivo relevante,

se sente inseguro dentro de determinado estabelecimento prisional, tem a seu favor a possibilidade de, no momento do interrogatório, levar ao conhecimento do magistrado os fatos que reputar oportunos.<sup>(4)</sup>

Por outro lado, é preciso lembrar que a sociedade brasileira vive atemorizada pelo alto grau de violência com que convive cotidianamente. Há uma sensação generalizada de impunidade e descontrole, por parte do Estado, no que se refere à segurança pública. Tais fatores conduzem a um apelo, por parte da sociedade, por legislações penais mais rigorosas, endurecimento tanto da lei penal quanto do tratamento com os criminosos.<sup>(5)</sup>

Além desse apelo social, é necessário levantar a questão de que o desenvolvimento tecnológico é um fato social, de modo que a sociedade, mais dia ou menos dia, será levada a uma modificação decorrente da alteração conduzida pelo desenvolvimento. Nesse sentido, é dever questionar se não é chegada a hora de o processo penal também ter que conviver com as modificações decorrentes da nova forma de comunicação.

Talvez a videoconferência não seja mais um instrumento do processo penal do futuro. No entanto, o desafio que se impõe à

comunidade jurídica é estabelecer se o mecanismo (ou a lei que a estabelece, caso sancionado o projeto) respeita e assegura os princípios garantidores do processo, assegurados constitucionalmente.

Quando se trata de preservar as garantias constitucionais, é preciso que a lei esteja em consonância com o devido processo legal, isto é, só seria possível admitir a constitucionalidade de qualquer modificação legislativa desde que se assegurasse a máxima eficácia aos princípios estruturadores do justo processo,<sup>(6)</sup> frente à realidade do sistema prisional brasileiro.

De nada adianta a utilização de tecnologia avançada se o sistema se distanciar da realidade decorrente do modelo prisional adotado — ou, em outras palavras, é preciso que as transformações jurídicas, especialmente quando provocadas por avanços tecnológicos, sejam condizentes com o estágio de evolução de uma determinada sociedade, sem perder de vista a importância da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

#### NOTAS

(1) (*Habeas Corpus* 88.914-0, São Paulo, rel. min. **Cezar Peluso**).

(2) (PLS 139/06, encaminhado à Comissão Diretora para redação final em 24/10).

(3) Segundo afirma o editorial do *Boletim IBCCRIM* 178/07: “A decisão do Supremo Tribunal Federal é, assim, de se louvar porque respeitosa do princípio da legalidade e do devido processo legal e porque uma lembrança de todo aspecto humano envolvido na pena e no processo para sua aplicação, onde estão em jogo, mais que em qualquer outro ramo do Direito, todos os contornos da dignidade humana, valor fundante de nosso Estado.”

(4) Em que pese a lúcida observação de **Tatiana Viggiani Bicudo** (“Interrogatório por videoconferência — um outro ponto de vista”, *Boletim IBCCRIM* 179/07) acerca do sistema carcerário paulista, é necessário ponderar até que ponto é lícito admitir a flexibilização das regras do processo em face da realidade do sistema carcerário, tão distante de observar as garantias mínimas previstas em lei. Também por este motivo, questiona-se a validade do aceite do acusado em ser interrogado por videoconferência, conforme defendido pela ilustre autora, ou melhor, até que ponto o sistema oferece condições para que o acusado avalie e possa decidir de maneira isenta pela videoconferência ou pela audiência em juízo.

(5) Talvez por isso a decisão tenha gerado tanta controvérsia na imprensa em geral.

(6) “É certo, invece, che ‘il processo’ non possa dirsi ‘giusto’, se non in quanto la ‘legge’, da cui è comune ‘regolato’, rispetti ab intrinseco le condizioni essenziali (quali sono: il contraddittorio, la parità delle parti, la terzietà e l’imparzialità del giudice)”. Cf. **Luigi Paolo Comoglio**, *Etica e Tecnica del “Giusto Processo”*. Torino: Giappichelli editore, 2004, p. 57.

**Claudia Barrilari**

Advogada em São Paulo e mestranda em Direito Penal pela PUC/SP

## SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – PODE O JUIZ OFERECÊ-LA DE OFÍCIO?

**Alfredo José Marinho Neto**

A suspensão condicional do processo consiste em um instituto de natureza híbrida, de Direito Penal e Processual Penal, que foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 9.099/95, que dispõe essencialmente sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Embora esteja prevista na referida lei, mais precisamente em seu art. 89, a suspensão condicional do processo, também chamada de *sursis* processual, alcança crimes não sujeitos aos Juizados Especiais Criminais, conforme expressamente dispõe o preceptivo legal em questão.

Os requisitos legais para a concessão do benefício são os seguintes: 1) o crime imputado ao réu não pode estar sujeito à jurisdição militar (art. 90-A); 2) a pena mínima cominada ao crime deve ser igual ou inferior a 1 (um) ano; 3) o réu não pode estar sendo processado por outro crime; 4) o réu não pode ter sido condenado por outro crime; e 5) devem estar presentes os requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Em relação ao terceiro requisito acima citado, parte da doutrina chegou a afirmar sua inconstitucionalidade, ao argumento

de que violaria o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição), mas prevaleceu a posição doutrinária mais acertada, segundo a qual essa era uma questão de política legislativa e não caberia ao Poder Judiciário nela imiscuir-se.

No que tange ao quarto requisito supra, prevalece a corrente doutrinária segundo a qual a condenação anterior do réu não impedirá o oferecimento da proposta de *sursis* processual se houver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, computado o período de prova da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.

Esse é o entendimento retratado no verbete nº 52 da consolidação dos enunciados jurídicos e administrativos criminais em vigor resultantes das discussões dos encontros de juízes de Juizados Especiais Criminais e Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro, segundo o qual “nas hipóteses em que a condenação anterior não gera reincidência é cabível a suspensão condicional do processo” (vide art. 64, I, do CP).

Assim, em todas as hipóteses em que o acusado satisfizer tais requisitos legais, o Ministério Público deverá oferecer-lhe a proposta de suspensão condicional do processo. Caso não ofereça, deverá justificar fundamentadamente a recusa.

Assentado isto, exsurge a seguinte indagação: qual o papel do Poder Judiciário na hipótese de o Ministério Público recusar-se, injustificadamente, ou invocando justificativas improcedentes, a oferecer a proposta de *sursis* processual ao réu que satisfaz os requisitos legais?

Existem duas correntes a respeito do tema.

A primeira defende a idéia de que o juiz deve aplicar o art. 28 do Código de Processo Penal por analogia e remeter a questão ao procurador-geral de Justiça.

Tal entendimento encontra-se esposado no verbete nº 696 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual “reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de Justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao procurador-geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do

*Código de Processo Penal*” (sic).

*Data venia*, esse não é o melhor entendimento.

Está com a razão a segunda corrente, que defende a possibilidade de o juiz oferecer a proposta de suspensão condicional do processo de ofício ao réu que satisfaz os requisitos legais para tanto e tem o gozo do benefício frustrado por uma atuação ilegal, ilegítima, do órgão de acusação.

De fato, não se pode admitir o juiz (*rectius*, o Poder Judiciário) como mero espectador da atuação do Ministério Público, pois por imposição dos princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal deve apreciar toda e qualquer questão que se apresentar em um processo judicial criminal, intercedendo em favor do réu quando houver abuso do poder de acusar.

Realmente, a concessão da suspensão condicional do processo ao réu de ofício nesses casos de recusa ilegítima por parte do *Parquet* consubstancia-se em ato naturalmente decorrente do Poder Jurisdicional, ato este que constitui garantia fundamental dos cidadãos, cláusula pétrea da Constituição da República prevista nos incisos XXXV e LIV de seu art. 5º.

Ora, sendo a jurisdição inafastável, não existe, nem pode existir questão que não possa ser apreciada pelo Poder Judiciário, principalmente em matéria criminal.

Entender pela aplicação analógica do art. 28 do CPP nessas hipóteses importa em afastar do cidadão a jurisdição, o que é inadmissível e constitucionalmente vedado.

Além disso, é de se ressaltar que o art. 28 do CPP não tem aplicação analógica às hipóteses sob análise.

Vejamos.

A analogia consiste em forma de auto-integração da ordem jurídica para suprir lacunas através da qual o intérprete aplica a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante.

Assim, um dos requisitos para a utilização da analogia é a semelhança entre a hipótese não prevista em lei e o caso com solução legalmente prevista cujo regramento se aproveitará naquela situação.

Na hipótese do art. 28 do CPP, o juiz remete o processo ao procurador-geral de Justiça quando o promotor de Justiça se recusa a denunciar o réu.

Já no caso da recusa indevida do promotor de Justiça em oferecer a suspensão condicional do processo ocorre justamente o contrário: o *Parquet* pretende continuar a persecução penal do réu e o juiz, verificando que o réu tem direito ao *sursis* processual, a oferece e, com a aceitação do réu, suspende o processo, impedindo a persecução penal.

Ora, não existe qualquer semelhança

entre esses casos, que são até mesmo paradoxais, não havendo, portanto, que se falar em analogia.

Em relação ao verbete n° 696 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência sobre o tema está se alterando, sendo certo que ainda existem muitas questões a ele atinentes não devidamente debatidas.

Aliás, segundo o novel enunciado n° 337 da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça, “*é cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva*” (sic).

Tal verbete está de acordo com a posição aqui defendida, pois segundo ele cabe ao Poder Judiciário aplicar a suspensão condicional do processo quando houver desclassificação do crime e quando a pretensão punitiva estatal for julgada parcialmente procedente.

Observe-se que, segundo o enunciado em evidência, ainda que o Ministério Público opine em alegações finais pela procedência da pretensão punitiva estatal e, por conseqüência, não ofereça proposta de suspensão condicional do processo, o Poder Judiciário (em 1º ou 2º graus de jurisdição) poderá aplicar a suspensão condicional do processo quando o réu, com a desclassificação do crime na sentença ou com o julgamento parcialmente procedente da pretensão punitiva estatal, passar a fazer jus ao benefício.

Ao lado desse enunciado, também está de acordo com a posição ora defendida o verbete n° 53 da consolidação dos enunciados jurídicos e administrativos criminais em vigor resultantes das discussões dos encontros de juízes de Juizados Especiais Criminais e Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro, de acordo com o qual “*o juiz pode apresentar proposta de suspensão condicional do processo se discordar da fundamentação do Ministério Público para recusá-la - (III EJJJE – Ratificado no II EJJJE-CRIM)*” (sic).

Outro fundamento para o oferecimento da suspensão condicional do processo de ofício pelo juiz (*rectius*, pelo Poder Judiciário) diz respeito ao princípio previsto no art. 2º da Carta Magna, consubstanciado no sistema de freios e contrapesos entre os Poderes.

Com efeito, ao conceder o *sursis* processual ao réu diante da recusa injustificada ou sob fundamentação improcedente do *Parquet*, o Poder Judiciário está exercendo legitimamente sua função de fiscalização da atuação do Ministério Público, contendo eventuais abusos no poder de acusar.

Por fim, também fundamenta a concessão do *sursis* processual de ofício pelo juiz (*rectius*, pelo Poder Judiciário) o fato de

que a suspensão é do processo e não da ação penal.

Como é de elementar sabença, o processo é instrumento da prestação jurisdicional.

Por corolário, não se pode conceber a prestação jurisdicional sem o absoluto controle do magistrado sobre o seu instrumento, o processo.

De fato, cabe ao juiz decidir a respeito da regularidade do processo e do procedimento e de todas as questões atinentes ao processo e ao procedimento, inclusive sua suspensão.

Desta forma, tratando-se a suspensão condicional do processo de um direito subjetivo do réu, que pode ensejar até a nulidade do processo se não lhe for dada oportunidade para gozá-lo, é dever do magistrado oferecer essa oportunidade ao réu na hipótese de recusa injustificada ou improcedente por parte do órgão de acusação.

A esse respeito, mister transcrever os escólios do eminente juiz e doutrinador **André Luiz Nicolit**, dada a clareza de suas palavras e a lucidez de raciocínio, *ad litteram*:

“(...)

*Diante dos requisitos indicados acima para a suspensão, o juiz deverá suspender o processo e, aqui, ao contrário do que ocorre com a transação, pouco importa se houve ou não proposta pelo Parquet, pois assim como a ação penal é de titularidade do Ministério Público, não cabendo ao juiz imiscuir-se nesta atividade, a direção do processo cabe ao magistrado.*

Vale destacar a lição dos mestres **Cintra, Dinamarco e Grinover**:

*‘Com o objetivo de dar ao juiz as necessárias condições para o desempenho de suas funções, o direito lhe atribui determinados poderes a serem exercidos no processo, ou por ocasião dele. Tais poderes agrupam-se em duas categorias principais: a) poderes administrativos ou de polícia ...; b) poderes jurisdicionais, que se desenvolvem no próprio processo, subdividindo-se em poderes-meios (abrangendo os ordinatórios, que dizem respeito ao simples andamento processual, e os instrutórios, que referem à formação do convencimento do juiz) e os poderes-fins (que compreendem os decisórios e os de execução).’*

*Preciosa é também a pena do professor **Mirabete**:*

*‘Ocupa posição proeminente na relação processual o juiz, detentor do poder jurisdicional e presidente do processo (...) Dispõe o art. 251 (do CPP) que ao juiz incumbirá ‘prover a regularidade do processo’.*

*O legislador, ao dar ao Ministério Público a possibilidade de propor a suspensão, quis apenas criar um mecanismo de provocar a manifestação do acusado, uma vez que o Ministério Público, na posição de fiscal da boa aplicação da lei e da Justiça deve velar pela celeridade e economia processuais. Assim, ao oferecer a de-*

núncia, já sinaliza pela possibilidade da suspensão condicional do processo.

Repare que na suspensão o legislador traçou as condições a que o juiz submeterá o réu, dando, ainda, a possibilidade de fixar outras adequadas ao fato, ex vi art. 89, §§ 1º e 2º, não as entregou ao Ministério Público.

Perceba também que, ao contrário da transação, onde o juiz tão-somente homologa a pena sugerida e aceita, na suspensão, diz a lei, ele poderá suspender o processo e fixar condições.

A possibilidade do oferecimento da suspensão do processo pelo Ministério Público é um mero indicativo ou provocação da manifestação do acusado e do próprio juiz. Não pode ser visto de outra forma, pois a suspensão só ocorre após o recebimento da denúncia, o que nem sempre é certo, tendo em vista que o juiz pode rejeitá-la.

Com efeito, se o juiz entender que o caso é de rejeição da denúncia, não irá suspender o processo, ainda que o acusado já tenha de alguma forma manifestado seu interesse.

O que se quer dizer é que o juiz preside o processo e o fato de ter o legislador investido o Ministério Público da possibilidade de formular a proposta de suspensão não deu a este o poder de dispor da ação, tampouco retirou do magistrado a presidência do processo.

Sustentamos em síntese que não há disponibilidade da ação penal, pois em princípio a suspensão atinge tão-somente a categoria processo. Tanto é assim que, havendo uma causa de revogação, o processo volta a tramitar e nenhum prejuízo gerou para a ação.<sup>(1)</sup>

Com essas considerações, espero ter contribuído para o debate acerca do tema e exorto os colegas magistrados a oferecere-

rem a suspensão condicional do processo de ofício sempre que houver abuso do poder de acusar por parte do órgão de acusação, com a recusa injustificada ou imprecedente em oferecer a suspensão condicional do processo a réus que fazem jus ao benefício.

## NOTAS

(1) NICOLIT, André Luiz. *Juizados Especiais Criminais, Temas Controvertidos*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004, pp. 31 a 34.

**Alfredo José Marinho Neto**

Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Belford Roxo, do Juizado Especial Criminal e da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher a ela adjunto e da Central de Penas e Medidas Alternativas da Comarca de Belford Roxo

## JUIZ CRIMINAL E IDENTIDADE FÍSICA: ATÉ QUANDO NÃO?

José Francisco de Fyschinger

Inspirada em ideário completamente divorciado da Constituição de 1988, a legislação processual penal em vigor nunca fez qualquer menção, por mais tímida que fosse, sobre a adoção, no Brasil, do princípio da identidade física do juiz. De igual forma, a impressão transmitida pela doutrina tradicional é de que o assunto, durante tantos anos, foi, simplesmente, proibido, ou de que não tinha (não tem e, provavelmente, não teria) qualquer importância para o processo penal.<sup>(1)</sup>

Costuma-se limitar a referência à não-adoção do referido princípio como uma omissão do Código de Processo Penal. Segundo **Nogueira**, este silêncio merece a qualificação de “clamorosa falha”, pois “o princípio da vinculação do juiz é de suma importância na convicção do julgador, que colhe diretamente a prova na instrução, mormente levando-se em conta o interesse público que domina o processo”.<sup>(2)</sup> Para **Gomes**, a não-implementação da identidade física no processo penal “é um absurdo, porque o juiz que colhe as provas tem maiores possibilidades de alcançar o julgamento mais justo”.<sup>(3)</sup> Na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939, que adotara o princípio da identidade física do juiz, foram lançadas as seguintes considerações, comparando a nova sistemática ao modelo então revogado:

“O ponto é importante. No processo em vigor, o juiz só entra em contato com a prova testemunhal ou pericial através do escrito a que foi reduzida. Não ouviu as testemunhas, não inspecionou as coisas, e os lugares. Qual o grau de valor que conferirá ao depoimento das testemunhas e das partes, se não as viu e ouviu, se não seguiu os movimentos de fisionomia que acompanham e sublinham as palavras, se no escrito não encontra a atmosfera que envolveria no momento o autor do depoimento, as

suas palavras ou seu discurso?”

“O princípio que deve reger a situação do juiz em relação à prova e o de concentração dos atos do processo postulam, necessariamente, o princípio da identidade física do juiz. O juiz que dirige a instrução do processo há de ser o juiz que decida o litígio. Nem de outra maneira poderia ser, pois, o processo voltado à investigação da verdade, somente o juiz que tomou as provas está realmente habilitado a apreciá-las do ponto de vista do seu valor ou de sua eficácia em relação aos pontos debatidos.”

Como adequadamente salienta **Bonato**, a identidade física do juiz não se confunde com o princípio do juiz natural, pois aquela “quer significar a vinculação da pessoa do juiz ao processo”, guardando, portanto, significado muito mais restrito que a garantia orgânica jurisdicional.<sup>(4)</sup> Salienta o processualista, no entanto, que a identidade física do juiz “é uma decorrência do devido processo, através da garantia do juiz natural, não tendo a falta de enunciação expressa pela legislação infraconstitucional o condão de torná-la inexigível no sistema acusatório adotado pelo ordenamento pátrio”.<sup>(5)</sup>

Pensamos, porém, que o fundamento do “generoso”<sup>(6)</sup> princípio da identidade física reside mais proximamente, através de uma seqüência lógica de raciocínio: na admissão do modelo acusatório, a partir dos cânones constitucionais; conseqüentemente, na valorização da publicidade como forma de desenvolvimento do processo, já que a publicidade está estritamente vinculada ao sistema acusatório; na imperiosidade, a partir da anterior premissa, de que se implemente a oralidade em detrimento da forma escrita, que remete ao segredo e à introspecção do juízo, a considerar-se que a forma preponderantemente escrita desvir-

tua a publicidade, garantia esta dirigida às partes e ao controle social.<sup>(7)</sup> Bem a propósito, lembra **Cappelletti** que a independência jurisdicional não confere ao juiz um passaporte para deixar de prestar contas às partes envolvidas:

“Justamente para remediar o risco da clausura corporativa, particularmente ameaçador numa magistratura de carreira, deve-se adotar, por isso, os instrumentos normativos, organizativos e estruturais que possam tornar a autonomia dos juizes aberta ao corpo social e, assim, as solicitações dos ‘consumidores’ do supremo bem que é a justiça.”<sup>(8)</sup>

Como ressalta **Demercian**, apoiado em **Carrió**, as palavras e expressões cumprem função denotativa (demonstrando e apontando as características de determinada coisa) e conotativa (conferindo sentido à suas propriedades),<sup>(9)</sup> realçando a adequada concepção de que “o processo é, por assim dizer, o único caso de ‘experimento historiográfico’. Nele, as fontes são funcionalizadas ao vivo”, submetendo-se a sistemáticas confrontações, “como em um psicodrama”.<sup>(10)</sup> É por isso que as palavras, na discussão estabelecida pelo *cross examination*, oferecem ao julgador um material de acerto fático mais qualificado que os atos processuais reduzidos a escrito, pois “el juez sentenciador, confiándose en la redacción del testimonio, privase de la luz que brota del modo de presentarse personalmente el testigo, que tanto influye en la presunción de su veracidad”.<sup>(11)</sup> Conforme **Geraldo Prado**, “para que a análise dos casos penais não se perca em um círculo de interpretação de textos (...) que registram nem sempre fielmente (...) é indispensável que o diálogo processual tenha lugar em um ambiente apropriado”.<sup>(12)</sup> Para **Hassamer**, “solamente los datos que se expresan en palabras (oralidad) y sólo las percepciones

*directas del Tribunal (inmediación) constituyen apoyo válido para dictar sentencia*".<sup>(13)</sup> Pela riqueza informativa da palavra falada é que se reafirma a necessidade de identidade física do juiz, pois:

*"...a comunicação imediata no processo penal não se exaure na linguagem falada. O juiz, ao apreender as informações que lhe são fornecidas por todos os intervenientes (testemunhas, peritos, partes) não pode fazê-lo de maneira mecânica e estática, como se escutassem uma fita gravada. Ele deve estar presente na audiência de corpo e espírito, ou seja, deve atentar para a diversidade de signos que compõem essa complexa pragmática da comunicação humana. E, também, a partir deles, extrair suas conclusões sobre o fato."*<sup>(14)</sup>

O argumento falacioso de que o ordenamento brasileiro não se preocupou em afirmar a oralidade nas normas processuais, a par de soçobrar diante da imediata necessidade de releitura do processo à luz da Constituição, impondo urgentes reformulações para frente e para trás, não é suficiente nem mesmo diante do atual quadro, porquanto a identidade física, mesmo na forma preponderantemente escrita, diminui a injustiça — vista no dia-a-dia dos tribunais — gerada pela irresponsável sucessão de juízes encarregados de julgar a mesma causa, apreciando-a aos pedaços, em audiências fragmentárias, sem a menor condição de aquilatar o conjunto, resultando, daí, pronunciamentos baseados *"no dossiê, no papelório, sem falar na morosidade daí decorrente"*.<sup>(15)</sup> Afinal de contas, não é correto aduzir que a redução do ato processual à forma escrita apague, simplesmente — e em todos os casos —, a memória do juiz, em especial quando houver uma concentração mais eficiente das atividades de coleta da prova.

Por outro lado, a identidade física reforça o comprometimento do juiz — em sua acepção positiva — com a causa a ser apreciada, de acordo com um modelo em que a própria responsabilidade funcional pela prática de abusos não seja fragmentada. Adverte **Merryman** que os juízes *"exercitam um poder. Onde há poder deve haver responsabilidade: em uma sociedade organizada racionalmente, haverá uma relação diretamente proporcional entre poder e responsabilidade"*.<sup>(16)</sup> Além disso, já não é sem tempo a necessidade de abordar, através de uma investigação transdisciplinar (em especial no ramo da Psicologia), qual é, de fato, a relação mantida pelo magistrado com a demanda penal em fase instrutória que, por força de aposentadoria, transferência iminente ou qualquer outro motivo, por ele, com toda a certeza, *não será julgada*. Observa **Silva** que, no Brasil, os juízes *"estão sempre submetidos a um estado de excitação a melhores posicionamentos, o que prejudica a organização dos serviços e a solução dos problemas das comarcas ou varas de que são titulares"*.<sup>(17)</sup>

Embora a aparente contradição quanto àquilo que foi observado em outros momentos, impõe-se ao magistrado um *comprometimento psicológico*, todavia dirigido ao processo, entendido este como instrumento de realização do Direito. Tal postura, entretanto, não tem relação com aquela que decorre da violação dos postulados do sistema acusatório — especialmente em virtude das atividades francamente inquisitórias ou típicas dos sujeitos parciais — bem como na vergonhosa miscigenação, sedimentada na lei, entre juiz investigador e juiz do processo, pois, em tais casos, o comprometimento psicológico está relacionado à prova e às partes, tendo feição negativa e indesejável.

A primeira hipótese de comprometimento, que poderia aqui ser denominado *positivo*, refere-se ao senso de responsabilidade com os destinos do processo, fenômeno que só é possível através da garantia da identidade física e graças à constatação de que todos os atos e fatos dependem única e exclusivamente do magistrado encarregado de conduzir a instrução, sem subterfúgios. Será, certamente, mais produtiva a relação do juiz com o processo se se tornar inarredável que a este se vincule do início ao fim, não importando o que venha a acontecer enquanto não houver sido prolatada a sentença, salvo, evidentemente, a insolubilidade da morte. Nessa linha, os problemas ensejados pelo conflito processual passam a ser, sob certo aspecto, também do juiz, através da concentração da responsabilidade funcional, a identificação do verdadeiro condutor da demanda pelas partes envolvidas (em especial pelo réu) e a certeza de que todos os atos praticados serão levados em consideração no momento de julgar — o que qualifica a coleta da prova e potencializa a atenção do juiz com os elementos oferecidos pelas partes e com as próprias partes.

Há um recente fundamento de índole constitucional a reforçar a idéia do *comprometimento positivo* do magistrado: com a chamada *reforma do Judiciário*, promulgada em 08.12.04, foi instituída a garantia da *razoável duração do processo*, que será, certamente, melhor implementada com a vinculação do juízo.

A segunda hipótese, que pode ser chamada de *comprometimento psicológico negativo*, está ligada ao problema da formação antecipada de juízos a respeito do investigado (sua personalidade, periculosidade, conduta etc.), da autoria e da materialidade do(s) fato(s) levados a conhecimento do órgão jurisdicional, sem as balizas do devido processo legal, da discussão dialética do processo, do contraditório e de outras garantias, transmutando a fase instrutória em um conjunto de atividades que tendem a confirmar uma tendência, e, até mesmo no plano do inconsciente, confirmar as impressões geralmente nascidas

na precariedade de uma fase com todas as características do modelo inquisitório, ou confirmar o acerto das medidas naquela fase adotadas, em especial quando restritivas dos direitos do agora acusado (então investigado). É justamente desse indesejável *comprometimento psicológico* que se desgarrar o processo quando observado, irretroatamente, o princípio da identidade física do juiz.

A consequência evidente da aplicação do princípio da identidade física do juiz, assim, é o absoluto esgotamento das hipóteses em relação ao processo com acusação admitida, valendo essa identidade, portanto, exclusivamente para a fase procedimental realizada de conformidade com o método acusatório.

Não se estende a identidade física à fase de investigação preliminar e à fase de missibilidade. Muito pelo contrário, aliás: o que se espera é, justamente, que o juiz que nelas atua seja *diferente*, vale dizer, que o juiz responsável pela instrução ignore por completo as circunstâncias das fases preliminar e de acolhimento da acusação. Deste modo, uma vez instaurada a ação penal propriamente dita, a vinculação do juízo torna-se obrigatória,<sup>(18)</sup> sem qualquer exceção que não seja, de fato, a *morte* do magistrado. A expressa proibição de desvinculação, nesse passo, necessita ser imune a toda e qualquer intercorrência funcional, abrangendo as licenças por qualquer motivo, as transferências a pedido, as promoções, as convocações para atuar em tribunal, as férias e a aposentadoria.

A conjugação da necessidade de se distinguirem o juízo encarregado da investigação do juízo responsável pelo processo com a concreção do princípio da identidade física do juiz demanda reforma estrutural complexa, mas longe de ser utópica ou irrealizável, incorporando-se aos custos naturais e indispensáveis do processo penal que realmente esteja comprometido com o atendimento das garantias do mais fraco: o acusado. Não é a partir do ponto de vista dos tribunais, e sim das partes, que se resolvem os problemas da Justiça.<sup>(19)</sup>

Portanto, se é verdade que pretendemos instituir no Brasil um processo conforme o modelo acusatório, não se cala a pergunta: até quando será ignorado o princípio da identidade física do juiz?

## NOTAS

(1) Conforme **Mirabete**, *"o Código de Processo Penal também não consagra o princípio da identidade física do juiz, nem mesmo nos processos sumários, em que há certa concentração e imediatidade. Quando o art. 538, § 2º, alude ao juiz que 'logo em seguida proferirá a sentença', quis se referir ao juiz como órgão do poder jurisdicional, pouco importando qual seja a pessoa física do magistrado no momento"* (**MIRABETE, Julio Fabbrini**. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1998, pp. 44-45).

(2) **NOGUEIRA, Paulo Lúcio**. *Curso Completo de Pro-*

- cesso Penal. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 14. Para Oliveira, é "lamentável, justo no processo penal, em que as preocupações com a afirmação de uma certeza jurídica construída a partir de critérios mais rígidos são maiores que no processo civil, não há, ao contrário deste, a aplicação da regra da identidade física do juiz" (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 451).
- (3) GOMES, Luiz Flávio. "Reformas Penais (IV): procedimentos". Extraído de <<http://www.noticiasforenses.com.br/Art-LFG015.htm>>, em 06/10/02.
- (4) Com esta opinião, também COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda ("Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro", *Revista da Faculdade Mineira de Direito – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais*, v. 2, n. 3-4, pp. 65-88, 1999, p. 73).
- (5) Comenta o autor, buscando reforçar o fundamento da identidade física no princípio do devido processo legal e no juiz natural, que "quando o artigo 20 da Magna Carta versava sobre os homens honestos da vizinhança, queria significar a necessidade de julgamento por homens que estivessem inseridos no contexto histórico-cultural da comunidade à qual pertenciam as partes, ou seja, acusado e acusador. Mais importante do que a questão jurídica em debate, primava-se pela tentativa de compreensão do fato e do homem dentro do grupo social que pertencia (...) O princípio do juiz natural tem efetivamente, além de uma dimensão formal, uma dimensão substancial e é esta que se liga necessariamente à questão da identidade física do julgador. Somente terá eficácia plena o princípio do juiz natural se o julgador que prolatar a decisão final, condenando ou absolvendo, tiver participado do interrogatório do acusado, da colheita da prova testemunhal, dos debates, enfim, de todos os atos de instrução" (BONATO, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, pp. 144-145).
- (6) Na expressão de DOTTI, René Ariel. ("O Interrogatório à distância", *Revista Consulex* nº 29, p. 23).
- (7) Como salienta Demercian, "o juiz não exerce dentro do processo qualquer compromisso pessoal, 'salvo aquele que assumiu ao tomar posse do cargo'. O processo não lhe pertence nem pode ser encarado unicamente como instrumento para sua realização pessoal. Essa atividade estatal que nele se desdobra tem por destinatário a própria sociedade, que exige a excelência dos serviços. E a melhor forma de se resguardar esse direito é por meio da publicidade dos julgamentos, que só é verdadeiramente atingida no processo oral. Como se sabe, este, por sua própria natureza, é o que melhor pode ser compreendido por qualquer pessoa do povo" (DEMERCIAN, Pedro Henrique. *A Oralidade no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo, Atlas, 1999, p. 53).
- (8) CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Irresponsáveis?*, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1989, p. 93.
- (9) Sobre as funções básicas da linguagem — informar, exprimir e dirigir —, ver DIP, Ricardo Henry Marques, *Direito Penal: Linguagem em Crise*. Campinas: Millenium, 2001, pp. 18-21.
- (10) Segundo Ferrajoli, a maior autenticidade das fontes de decisão só é alcançada "quando satisfeitas as garantias do juízo contraditório, da oralidade, da imediatez e da publicidade das provas, que caracterizam, como veremos, a forma do processo acusatório. Falta esta autenticidade, ao revés, no processo inquisitivo, em que as provas são aceitas em segredo e por escrito. Neste caso, as fontes de prova perdem não só vivacidade e degeneram em 'documentos' do passado, mas também sofrem uma ulterior deformação subjetiva, que deriva do método não impessoal de sua coleta, constituído pela verbalização" (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 48-49).
- (11) MALATESTA, Nicola Framarino Dei apud DEMERCIAN, Pedro Henrique. *A Oralidade no Processo Penal Brasileiro*, p. 49.
- (12) PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 174. O mesmo autor se manifesta em defesa ao princípio em outro momento, ao afirmar que "o árbitro tem o poder de decidir a causa, de condenar ou absolver o réu. Quando o juiz inicia sua atividade no processo, não apenas regula a participação das partes mas torna-se o destinatário de todas as informações relevantes que as partes levam ao processo, ou seja, as partes produzem prova para aquele juiz, a quem tentam convencer. As partes acreditam que a partir das provas e dos seus argumentos formarão a convicção do juiz, ou pelo menos contribuirão na elaboração da convicção do juiz, de modo que a decisão do juiz vá ao encontro do interesse das partes" ("Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos em homenagem às idéias de Julio B.J. Maier", in *Direito Penal e Processual Penal*, org. Gilson Bonato, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001, p. 109).
- (13) HASSEMER, Winfried apud DEMERCIAN, Pedro Henrique. *A Oralidade no Processo Penal Brasileiro*, p. 95.
- (14) DEMERCIAN, Pedro Henrique. *A Oralidade no Processo Penal Brasileiro*, p. 48. Prossegue o autor, considerando que "a análise indireta da prova retira do juiz o mais útil instrumento de que ele dispõe para a formação de sua convicção: a observação (...) A vinculação do juiz ao processo constitui uma autêntica garantia do acusado. Para todo e qualquer juízo de mérito e, principalmente, para a plena satisfação do princípio constitucional da individualização da pena (C.F., art. 5º, inc. XLVI), é indispensável a prolação da sentença pelo juiz que manteve contato direto com os protagonistas do processo" (pp. 58-59).
- (15) TOVO, Paulo Cláudio. "Introdução à Princiologia do Processo Penal Brasileiro", in *Estudos de Direito Processual Penal* (org.), Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. pp. 9-62, p. 37.
- (16) MERRYMAN, John H. apud CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Irresponsáveis?*, p. 18.
- (17) SILVA, Octacílio Paula. *Ética do Magistrado à Luz do Direito Comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 230.
- (18) A constatação decorre do fato de que a identidade física, dentro da proposta de oralidade do processo penal, não tem nenhum sentido sem imediação. Esta, por sua vez, só se realiza com vínculo ao processo, como salienta Navarrete: "La consecuencia pues, de este principio [imediação], es que ha de prohibirse la sustitución del juez o magistrado a lo largo del juicio, estando igualmente prohibida la delegación jurisdiccional una vez comenzado el juicio a otros órganos jurisdiccionales, por lo que consecuentemente el 'juicio' deberá finalizar en una o varias sesiones, de modo que abierto el juicio oral continuará durante todas las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su conclusión" (NAVARRETE, Antonio Maria Lorca. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Editorial Tecnos, 1988, pp. 200-201).
- (19) Conforme Demercian, "as dificuldades administrativas atinentes à remoção e promoção de magistrados não podem servir de óbice à adoção de 'um tipo ideal de processo'. O interesse público na exata obediência à oralidade (a que está necessariamente vinculado o princípio da identidade física do juiz) não pode ser sacrificado por razões de conveniência administrativa, que, por sinal, nessa matéria, não existem" (DEMERCIAN, Pedro Henrique. *A Oralidade no Processo Penal Brasileiro*, p. 106). O tema remete àquilo que Santos denomina, criticamente, de utilitarismo judicial, "en virtud del cual las reformas procesales se rigen primordialmente (si no de forma exclusiva) por lo que conviene (rectius: lo que se piensa que conviene) o es útil a los órganos jurisdiccionales teniendo en cuenta su situación (o, más bien, lo que se entiende que es su situación): sus necesidades, posibilidades, limitaciones y conveniencias" (SANTOS, Andrés de la Oliva. *Jueces Imparciales, Fiscales "Investigadores" y Nueva Reforma para la Vieja Crisis de la Justicia Penal*. Barcelona: PPU, 1988, p. 20).

José Francisco de Fyschinger

Advogado criminalista, mestre em Ciências Criminais (PUC/RS), professor de Direito Processual Penal no Centro Universitário Ritter dos Reis (Uniritter).  
Com a colaboração do acadêmico  
Lessani Ganguilhet (Uniritter)

## PARTICIPE POR ACREDITAR

### NO AR: TV IBCCRIM!

Desde o dia 1º de novembro, acessando o portal [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br), você já pode assistir de onde quiser, em qualquer horário e segundo suas próprias disponibilidades, todas as produções da TV IBCCRIM.

O programa de televisão **FACES DA VIOLÊNCIA** tem como principal característica debater a violência sob todas suas diferentes perspectivas. Ele rompe com os paradigmas mais corriqueiros do sensacionalismo dos meios de comunicação de massa, para, em uma linguagem acessível, discutir as causas realmente estruturais da violência e, sobretudo, transformá-la em processos construtivos de convivência social. Os primeiros programas já estão no ar e os temas são: *Violência Doméstica*, *Insegurança Pública I e II* e *Meninos de Rua*.

A série **DIÁLOGOS IBCCRIM** apresenta programas de temas específicos das Ciências Criminais, sempre com a exposição principal de um estudioso e com a participação de vários professores e pesquisadores de outras áreas do conhecimento. Já estão no ar as aulas de Carlos Vico Mañas sobre Intervenção Penal Mínima e de Alberto Silva Franco sobre Crimes Hediondos.

Fique atento a programação: acesse [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br) e conheça mais sobre a nova TV IBCCRIM!

# PARTICIPE POR ACREDITAR

## QUARTA FEIRA, SEMPRE ÀS ONZE DA MANHÃ, É O FÓRUM QUE VEM ATÉ VOCÊ!

Participe do **FÓRUM IBCCRIM**, um espaço de discussões estritamente acadêmicas e científicas, acessível pelo portal [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br), sempre às quartas-feiras, das 11h00 às 12h00 (horário de Brasília).

### Próxima Programação:

- 07/11/2007** — **Alberto Silva Franco** - atual presidente do IBCCRIM (gestão 2007-2008) — *Crimes Hediondos*  
**14/11/2007** — **Maurício Zanoide de Moraes** - ex-presidente do IBCCRIM (gestão 2005-2006) e professor doutor de Processo Penal da Faculdade de Direito da USP — *Provas Ilícitas*  
**21/11/2007** — **Tatiana V. Bicudo** - doutora em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da USP; promotora de Justiça em São Paulo; membro do Conselho Consultivo do IBCCRIM — *O Ministério Público e a Justiça Criminal*  
**28/11/2007** — **Alvino Augusto de Sá** - doutor em Psicologia Clínica, professor de Criminologia da Faculdade de Direito da USP, membro do Conselho Diretivo da Revista Brasileira de Ciências Criminais, psicólogo (aposentado) da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo — *Reintegração Social do Condenado*  
**05/12/2007** — **Sérgio Salomão Shecaira** - ex-presidente do IBCCRIM (gestão 1997-1998), atual presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e professor titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP — *Direito Penal Juvenil*  
**12/12/2007** — **Luciano Anderson de Souza** - mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP; coordenador de Pós-Graduação da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP; coordenador-adjunto do Departamento de Cursos do IBCCRIM; autor do livro "Expansão do Direito Penal e Globalização", publicado pela Editora Quartier Latin — *Direito Penal e Globalização*  
**19/12/2007** — **Luis Fernando Camargo de Barros Vidal** - juiz de Direito em São Paulo. — *A Função Política do Tribunal do Júri*  
**Importante:** Não haverá Fórum nos dias 26 de dezembro de 2007 e 02 de janeiro de 2008.

## MESA DE ESTUDOS E DEBATES: "A AUTOCOLOCAÇÃO DA VÍTIMA EM RISCO"

**Data:** 22 de novembro de 2007 (quinta-feira) às 10h00

**Local:** Auditório do IBCCRIM - Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar - São Paulo/SP

**Expositores:** Alessandra Orcesi Pedro Greco e Spencer Toth Sydow

**Vagas Limitadas!** — **Inscrições e informações:** [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br) ou (11) 3105-4607 ramal 124

## III SIMPÓSIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS DE BROTTAS

**Data:** 23 e 24 de novembro de 2007

**Local:** Centro de Convenções do Sindicato Rural de Brotas - Rua Américo Piva, 180 - Brotas/SP

**Promoção:** 206ª Subseção de Dois Córregos — **Coordenação:** IBCCRIM e 206ª Subseção da OAB/SP

**Inf. e inscrições:** Pça. 9 de Julho, 26 - Centro - Ed. do Fórum, OAB de Brotas (14) 3653-2752 ou (14) 3653-4888

**Valores:** Profissional: R\$ 20,00 — Estudante de graduação: R\$ 10,00 (*Valor revertido para APAE*)

### PROGRAMA

#### 23/11 sexta-feira

- 19h00 - Marco Antonio Rodrigues Nahum - Abertura  
19h15 - Ivan Martins Motta - *Teoria do Crime: Visão Panorâmica*  
20h20 - Maria Thereza Rocha de Assis Moura - *Prisão e Liberdade*

#### 24/11 sábado

- 09h00 - Luis Fernando Niño - *Juventude, Violência e Drogas*  
10h15 - Stella Maris Martínez - *Aborto*

## LEIA NA REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS Nº 67 – JUL.-AGO./2007

- *Paternalismo Direto: Autolesões Devem Ser Punidas Penalmente?* - **Andrew von Hirsch**
- *O Ilícito Penal nos Crimes Ambientais. Algumas Reflexões Sobre a Ofensa a Bens Jurídicos e os Crimes de Perigo Abstrato no Âmbito do Direito Penal Ambiental* - **Fabio Roberto D'Avila**
- *De los Riesgos y de las Precauciones Necesárias en la Aplicación del Principio de Complementariedad por la Corte Penal Internacional: El Estudio de la Determinación Nacional de las Penas como Objeto del Análisis de Admisibilidad* - **Héctor Olásolo**
- *Lei nº 11.464/2007 no Tempo: Sua (Ir)Retroatividade* - **Amilton Bueno de Carvalho e Rafael Rodrigues da Silva Pinheiro Machado**
- *A Argumentação Jurídica como Garantia Constitucional no Processo Penal* - **Denis Sampaio**
- *El Uso de la Videoconferencia en el Proceso Penal Español* - **Juan Carlos Ortiz Pradillo**
- *Garantismo, Legalidade e Interpretação da Lei Penal* - **Roberto Delmanto Junior**
- *O Sistema Prisional: Um Debate Necessário* - **Alessandra Teixeira, Fernanda Emy Matsuda, Fernando Salla e Marcos César Alvarez**
- *Aspectos Médicos e Jurídicos da Eutanásia* - **Iberê Anselmo Garcia**
- *O Comércio Internacional e o Desenvolvimento como Objetos de uma Crítica Criminológica* - **José Danilo Tavares Lobato**
- *Sistemas Penales y Criminología Crítica. Reflexiones sobre la Enseñanza Jurídica y sus Vinculaciones con el Poder en América Latina* - **Liliana Amanda Rivas**
- *Superveniência de Causa Independente* - **Miguel Reale Júnior**

## 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 - Asmeço

### ■ 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

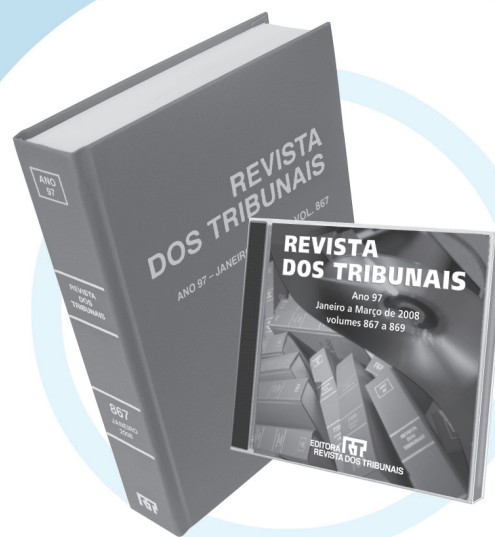
### ■ RIO GRANDE DO SUL

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

### ■ SÃO PAULO

- Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo - ADPESP
- Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal - Rg. SP - ADPF
- Associação Paulista de Magistrados - Apamagis
- Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/SP

Assine agora e conte com  
uma fonte segura e completa  
de informações jurídicas  
ou tudo pode ir por  
água abaixo



Revista dos Tribunais e Periódicos 2008



Procure o seu representante  
ou ligue para 0800 7022433  
e faça hoje mesmo sua assinatura

EDITORA **RT**  
**REVISTA DOS TRIBUNAIS**  
www.r.t.com.br