

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

IBCCRIM

EDITORIAL:

DEVIDO PROCESSO E INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA

Em decisão histórica, o Supremo Tribunal Federal, em sessão de sua Segunda Turma, no dia 14 de agosto, deferiu ordem de *habeas corpus* para considerar nulo o interrogatório por videoconferência (HC 88914). O relator do feito, ministro **Cezar Peluso**, considerou o ato carente de suporte legal, “insultuoso a garantias elementares do justo processo da lei (*due process of law*).” Foi acompanhado à unanimidade pelos ministros presentes à sessão, **Celso de Mello**, **Gilmar Mendes** e **Eros Grau**.

A decisão é um marco na visão ética do processo, o reflexo autêntico da lógica que permeia o Estado Democrático de Direito, no qual os meios não justificam os fins. E, ao contrário do que se possa dizer, não exterioriza uma marca ou entendimento político-criminal por parte daqueles que a proferiram, porque deixa de lado, corretamente, a questão acerca da conveniência político-criminal do interrogatório por videoconferência, que não é incumbência do Poder Judiciário.

O ato concreto foi julgado sob um aspecto exclusivamente normativo, tendo sido confrontado com normas constitucionais e legais; e por isso causa estranheza que alguns veículos da imprensa tenham classificado a decisão como exemplo de insegurança jurídica.

Experiências haviam sido feitas com o interrogatório *on-line* desde 1996. Dividiam-se os entendimentos acerca de sua conveniência ou não, conforme diversos textos publicados no **Boletim IBCCRIM**. E a resposta à controvérsia foi dada pela mini-reforma do Código de Processo Penal de 2003, que alterou a estrutura do interrogatório, deixando clara a sua natureza de manifestação do exercício do direito de defesa e mais clara ainda, como ressaltado no julgamento do Supremo Tribunal Federal, a necessidade de contato pessoal entre o interrogado e o juiz.

O artigo 185 determina que o acusado comparecerá “perante a autoridade judiciária” para exercer o seu direito de defesa. Estando preso, o interrogatório poderá ser rea-

lizado no estabelecimento prisional, presentes a autoridade judiciária e seus auxiliares, mantendo, assim, a igualdade de tratamento entre réus presos e réus soltos.

Esta previsão bem demonstra o quanto são falaciosos os argumentos de que o interrogatório por videoconferência seria a única forma de reduzir custos com escoltas e de prevenir o resgate de “presos perigosos”, geralmente feitas justamente neste momento. Para tanto, respondeu com superioridade o legislador em 2003: vá o magistrado ao presídio!

O reiterado descumprimento desta previsão legal revela, todavia, a verdadeira natureza deste tipo de argumentação em favor do interrogatório por videoconferência: o desejo pela assepsia judiciária.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, assim, não confunde “*formalismos despidos de significado com significados revestidos de forma*” (**Boletim 120/3**, Parecer do CNPCP) e coloca os termos dessa questão de volta nos seus trilhos: há regras para punir e há regras para se determinar a punição, isto é da essência do Estado Democrático de Direito; as regras pré-estabelecidas pelo próprio Estado que pune não podem ser desrespeitadas em nome dos fins, pena de se criar insegurança jurídica e quebra da legalidade; essas regras, por outro lado, estão orientadas materialmente pelo devido processo legal e, no caso do acusado, traduzem-se, também, “*no direitos de audiência e de presença ou participação*” (min. **Cezar Peluso**).

O interrogatório é a única oportunidade, dentro do processo penal, na qual o acusado se dirige diretamente àquele que decidirá sobre sua culpa ou inocência, e, portanto, tomará decisão da mais profunda gravidade sobre sua vida. 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. ●

Editorial

Índice

EDITORIAL:

DEVIDO PROCESSO E INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA 1

TRAÇOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE
André Luís Callegari e Roberta Lofrano Andrade 2

O QUE É O DIREITO PENAL?
Paulo Queiroz 4

A LEI Nº 11.466/07 E O NOVO ART. 319-A DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE
Belizê Câmara Correia 6

A LEI Nº 11.419/2006 E O PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL: MAIS AGILIDADE E MAIS SEGURANÇA PÚBLICA
Cláudio Amaral 8

SURSIS ETÁRIO E MENOR DE 21 ANOS
Miguel Tedesco Wedy 10

ORIENTAÇÕES DIRIGIDAS AO LEGISLADOR PENAL FRENTE AO DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA
Míriam Figueiredo da Silveira 12

O HABEAS CORPUS E A JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A VINCULAÇÃO ENTRE A DENÚNCIA E OS ELEMENTOS OBJETIVOS DE CONVICÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Daniel Gerber 13

A PRISÃO EM FLAGRANTE E AS CAUSAS EXCLUDENTES DA ANTIJURIDICIDADE
Eduardo Augusto Paglione 15

UTILITARISMO PENAL E VIOLAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS
Luciano Anderson de Souza e Maurício de Albuquerque Araújo Luyten 17

A POSSIBILIDADE DE FRAGMENTAÇÃO DA DECISÃO DE PRONÚNCIA
Hamilton da Cunha Iribure Júnior e Hermínio Alberto Marques Porto 18

Caderno de Jurisprudência

O DIREITO POR QUEM O FAZ: VIDEOCONFERÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. 1113

EMENTAS:

Supremo Tribunal Federal 1116

Superior Tribunal de Justiça 1117

Tribunais Regionais Federais 1117

Tribunais de Justiça 1119

Direito Penal do inimigo, Direito Penal de terceira velocidade, sociedade de risco. Todos estes são termos atualmente muito discutidos por acadêmicos e doutrinadores do Direito⁽¹⁾. No sentido prático, são associados principalmente ao terrorismo, aos crimes econômicos e à criminologia organizada, ou seja, novos crimes característicos de uma sociedade globalizada e em constantes avanços tecnológicos. Porém, são raras as comparações com o ordenamento jurídico-penal brasileiro, cristalizado em nosso velho Código Penal de 1940.

A conceituação de inimigo é de fácil compreensão, apesar de sua definição prática ser um tanto complexa. Com uma mistura de explicações trazidas por **Rousseau, Hobbes, Kant e Jakobs**, podemos definir inimigo como aquele que defrauda a expectativa de um comportamento pessoal de forma duradoura, afastando-se, dessa forma, do Direito, excluindo-se do conceito de pessoa/cidadão. O “inimigo-delinquente” não será mais tratado pelo Estado como cidadão, pois ele próprio não admitiu ser obrigado a entrar no estado de cidadania (contrato social de **Rousseau**) e por esta razão não poderá participar dos benefícios do conceito de pessoa. Frente a esse inimigo, a reação do ordenamento não será de compensação do dano à vigência da norma (como no Direito Penal clássico), mas de eliminação de um perigo. A pena passará a ser dirigida a fatos futuros, e não a fatos cometidos⁽²⁾.

À primeira vista, tais denominações tão radicais não são associadas ao nosso ordenamento, apenas aos ordenamentos norte-americanos e europeus, principalmente no que tange à sua legislação antiterrorista. Ocorre que, pela simples análise das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, percebe-se a incidência de um Direito Penal do autor (característico do Direito Penal do inimigo) e não do fato (característico do Direito Penal clássico).

Referido artigo é levado em conta na primeira fase do cálculo da pena efetuado pelo juiz. Nele constam circunstâncias judiciais em sua maioria frutos de uma valoração subjetiva do magistrado. São elas: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade, os motivos, circunstâncias e consequências do crime, e o comportamento da vítima. Serão examinadas aquelas que sofrem influência direta do Direito Penal do inimigo.

De início, os antecedentes, ou melhor, maus antecedentes, não devem ser confundidos com a reincidência. A reincidência ocorre quando houver sentença condenatória transitada em julgado, havendo a necessidade de o novo crime ter sido praticado após o trânsito em julgado desta sentença (conforme definição do artigo 63 do CP). Já os maus antecedentes ocorrem quando a sentença condenatória transitada em julgado vem a ser posterior à prática do novo crime. Assim, sentenças condenatórias sempre agravarão a pena, sejam como antecedentes (art. 59, CP), sejam como reincidência (art. 61, I, CP), considerada na segunda fase do cálculo da pena. Não serão contados aqui, por questão de absurdo conflito com as definições acima e com os princípios basilares que regem o Direito, os processos em andamento, que são considerados, por número não pequeno de juízes, como maus antecedentes.

A valoração dos maus antecedentes para o incremento da pena é a punição do agente pela reiteração da prática de um delito. Aqui entra a influência do Direito Penal do inimigo, que traz a teoria de que aquele que reiteradamente transgredir o ordenamento exclui-se de ser cidadão e, por isso, será tratado como inimigo, conforme já exposto anteriormente.

Neste diapasão, o aumento da punição pela reiteração de um crime denota um fragmento do Direito Penal do inimigo no retrógrado Código Penal brasileiro, visto que em tal Direito há uma diferenciação entre as pessoas de acordo com o seu grau de periculosidade, que é determinado pela reiteração de delitos praticados (sendo o inimigo aquele que se afasta de maneira duradoura do Direito).

Além dos antecedentes, a conduta social, a personalidade e os motivos do crime trazem forte influência do Direito Penal do inimigo. Estas três circunstâncias advêm de uma análise do foro íntimo do réu.

Aqui incide, flagrantemente, um Direito Penal do autor e não do fato. No

âmbito da conduta social e da personalidade, aumenta-se a pena do agente pelo seu “mau comportamento” perante a sociedade, pelo que ele é, pelo modo de vida que escolheu e por fatos que dizem que ele já praticou, não pelo delito cometido. Pune-se o agente pela pessoa que diversos fatores sociais, biológicos e psicológicos o tornaram ao longo de sua existência. De acordo com **André Luís Callegari**, “somente se pode cobrar dos sujeitos os comportamentos concretos, delimitados espacial e temporalmente, e

não por ter escolhido determinado plano de vida ou modo de existência”⁽³⁾. Com este incremento de pena, há clara violação dos princípios constitucionais da legalidade e, em última análise, do devido processo legal.

A famosa assertiva que frequentemente é encontrada nas sentenças — “personalidade voltada à prática delitiva” — é exemplo de uma inconsciente inspiração no Direito Penal do inimigo. Existe um incremento de pena de acordo com a pessoa do réu, que indicará sua periculosidade e conseqüentemente a probabilidade do cometimento de ilícitos futuros. Nada mais característico do Direito Penal do inimigo do que essa antecipação da punição por fatos que um dia poderiam ser cometidos.

Por fim, a circunstância do motivo do crime diz respeito a uma vontade íntima do réu, o porquê do cometimento do delito. Cabe referir que tal circunstância só deve ser levada em conta pelo juiz quando os motivos forem mais reprováveis que os motivos já inerentes ao tipo (o motivo da prática dos crimes de furto e roubo é, obviamente, o enriquecimento fácil, não devendo tal servir para um aumento de pena) e quando eles já não tiverem sido considerados na delimitação do crime, como, por exemplo, no homicídio qualificado por motivo fútil (art. 121, § 2º, II, CP).

Após estas breves considerações, de qualquer forma, o incremento da pena devido ao motivo do crime, não importa qual ele seja, o que diz respeito exclusivamente à intimidade do réu, admite um Direito Penal do inimigo, do

➔ autor, em detrimento de um Direito Penal do fato. Incrementar a pena com base na razão do cometimento do delito é punir o réu por pensamentos e desejos moralmente reprováveis. Encontramos diante de uma violação descarada das bases de nosso Direito Penal clássico. Neste mesmo contexto inserem-se as qualificadoras que redimensionam quantitativamente a pena em decorrência de motivo reprovável da prática do crime (art. 121, § 2º, II, CP, por exemplo), questão que, por ora, não será objeto de análise.

Diante do exposto, incontestável é a presença do Direito Penal do inimigo no Código Penal Brasileiro, manifestada, além de em outros artigos, nas circunstâncias judiciais do artigo 59. Não se busca neste momento aprovar ou reprová-lo o Direito Penal do inimigo, nem sequer ingressar detalhadamente em seu significado. Pretende-se, entretanto, fazer um pequeno alerta sobre sua influência em nosso antiquado porém vigente ordenamento repressivo.

Assim, basta uma leitura um pouco mais atenta para percebermos a influência do Direito Penal no inimigo em nossa legislação. O primeiro passo para uma discussão mais aprofundada do assunto é admitir que o Direito Penal do inimigo já existe, nos rodeia, e não está presente somente nos Estados Unidos e em países europeus, e que tampouco atinge exclusivamente terroristas e criminosos organizados. O artigo 59 do Código Penal Brasileiro é apenas um exemplo disso. ●

Notas

- (1) **SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva.** *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*. 2ª ed., Madrid: Civitas Ediciones, 2001, p. 127.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio.** *Derecho Penal del Inimigo. Noções Críticas*. Tradução de **André Luís Callegari** e **Nereu José Giacomolli**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 81.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura.** *Política Criminal*. Madrid: Colex, 2001, p. 271.
- FERRAJOLI, Luigi.** *Derecho y Razón*. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 807.
- MUÑOZ CONDE, Francisco.** *De Nuevo Sobre el "Derecho Penal del Enemigo"*. *Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión*. V. 2. Buenos Aires: B de F, 2006.
- (2) **JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio.** *Derecho Penal del Inimigo. Noções Críticas*. Tradução de **André Luís Callegari** e **Nereu José Giacomolli**. 1ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 25-30.
- (3) **CALLEGARI, André Luís; REINDOLFF DA MOTTA, Cristina.** *Estado e Política Criminal: a Contaminação do Direito Penal Ordinarío pelo Direito Penal do Inimigo ou a Terceira Velocidade do Direito Penal*, 2007, p. 24. (no prelo).

André Luís Callegari

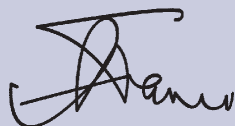
Advogado, doutor em Direito Penal pela Universidad Autónoma de Madrid, coordenador executivo e professor do curso de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos)

Roberta Lofrano Andrade

Graduada pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos) e bolsista PIBIC/CNPq

ASSEMBLÉIA GERAL EXTRAORDINÁRIA CONVOCAÇÃO

Ficam convocados os associados do **IBCCRIM**, inscritos há mais de um ano, e em dia com as suas contribuições, a se reunirem em **Assembléia Geral Extraordinária**, no dia 27 de setembro de 2007, às 10:00 horas, em primeira convocação, se houver quórum estatutário, ou às 10:30 horas, em segunda convocação, com qualquer número de associados, na sede social do Instituto, na Rua Onze de Agosto, 52 – 2º andar – Centro – São Paulo, para deliberar sobre Reforma Estatutária.



Alberto Silva Franco
Presidente



IBCCRIM
INSTITUTO BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
- IBCCRIM -
(FUNDADO EM 14.10.92)

DIRETORIA DA GESTÃO 2007/2008

DIRETORIA EXECUTIVA PRESIDENTE:

Alberto Silva Franco

1º VICE-PRESIDENTE:

Sérgio Mazina Martins

2º VICE-PRESIDENTE:

Theodomiro Dias Neto

1º SECRETÁRIO:

Carlos Alberto Pires Mendes

2º SECRETÁRIA:

Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

1º TESOUREIRO:

Ivan Martins Motta

2º TESOUREIRA:

Sílvia Helena Furtado Martins

CONSELHO CONSULTIVO:

Carlos Vico Mañas, Marcio Bártoli, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maurício Zanoide de Moraes e Tatiana Viggiani Bicudo

COORDENADORES-CHEFES:

Departamentos:

BIBLIOTECA: Sergio 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 Sinhorretto

PÓS-GRADUAÇÃO: Helena Regina Lobo da Costa

RELAÇÕES INTERNACIONAIS:

Marcos Alexandre Coelho Zilli

Representantes do IBCCRIM

junto ao Olapoc: Flávia D'Urso,

Glauber Callegari e Renata Flores Tybiriçá

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 Vito

MEIO AMBIENTE: Adilson Paulo Prudente do Amaral

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: Paulo Sérgio de Oliveira

MONOGRAFIAS: Andrei Koerner

NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA: Rui Stoco

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS:

Maurides de Melo Ribeiro

SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Carlos Vico Mañas

SISTEMA PRISIONAL: Alessandra Teixeira

Em primeiro lugar, o Direito é um conceito, tal qual justiça, moral, ética, estética etc. E como conceito, remete necessariamente a outros conceitos: lei, ordem, segurança, liberdade, bem jurídico etc., que também reenviam a outros tantos, motivo pelo qual só se pode obter um conceito de direito por meio de remissões, associações.

Em segundo lugar, o mais elaborado ou prestigiado conceito de direito é apenas um entre vários conceitos possíveis, de sorte que traduz em última análise o ponto de vista de seu autor ou de quem o adota, afinal outros tantos conceitos, mais ou menos exatos, mais ou menos amplos, são igualmente possíveis. Também por isso, um conceito constitui uma apreensão sempre parcial do mundo, dentro de um universo de representações possíveis; um conceito é uma simplificação, uma redução.

Em terceiro lugar, todo conceito, como representação formal do pensamento, pouco ou nada diz sobre o seu conteúdo, isto é, pouco ou nada diz sobre as múltiplas formas que ele pode histórica e concretamente assumir, até porque, embora pretenda valer para o futuro, é pensado a partir de uma experiência passada, a revelar que definir algo é de um certo modo legislar sobre o desconhecido. Também por isso, um conceito, como expressão da linguagem, é estruturalmente aberto, e, pois, pode compreender objetos históricos os mais díspares (v.g., o conceito de legítima defesa depende do que se entenda, em dado contexto, por “injunta agressão”, “atual ou iminente”, “uso moderado dos meios necessários”, “direito próprio ou alheio” etc.).

Em quarto lugar, um conceito, que é assim socialmente construído, só é compreensível num espaço e tempo determinados, motivo pelo qual, com ou sem alteração de seus termos, está em permanente mutação, afinal um concei-

to encerra uma convenção (provisória) e está condicionado por pré-conceitos ou pré-juízos. Por isso é que o legal ou ilegal, o lícito ou ilícito variam no tempo e no espaço, independentemente (inclusive) da alteração dos termos da lei, até porque o direito existe com ou sem leis. É que, rigorosamente falando, as leis nada dizem: as leis dizem o que dizemos que elas dizem⁽¹⁾.

Em quinto lugar, o conceito de direito, tal qual o conceito de justiça, liberdade, igualdade, e diferentemente do conceito de cavalo, automóvel etc., que dizem respeito a algo concreto, não remetem a uma coisa, a um objeto, propriamente, mas a

relações (v.g., pais/filhos, empresa/empregados, autores/vítimas, Estado/criminosos etc.). Exatamente por isso, o direito não é um conjunto de artigos de lei, mas um conjunto de relações humanas⁽²⁾.

Finalmente, todo conceito é construído pela equiparação de coisas desiguais e, por isso, constitui uma universalização do não-universal, do singular; um conceito nasce, portanto, da postulação de identidade do não idêntico⁽³⁾. O conceito de crime, por exemplo, refere-se a um sem número de condutas que, a rigor, nada têm em comum, à exceção da circunstância de estarem formalmente tipificadas: matar alguém, subtrair coisa alheia móvel, emitir cheque sem provisão de fundos, portar droga para consumo pessoal, abater espécime de fauna silvestre etc. (espécime que pode variar de uma borboleta a uma onça pintada), conceitos, que, por sua vez, unificam coisas díspares. Com efeito, não existe um homicídio absolutamente igual a outro homicídio, nem um furto absolutamente igual a outro furto, nem um crime ambiental absolutamente igual a outro, pois as múltiplas variáveis que sempre envolvem tais atos tornam cada ação humana singularíssima, única, ir-

repetível. Enfim, um conceito é formado pela eliminação do que há de singular em cada ato; e quanto mais exato, mais abstrato e mais vazio de conteúdo se torna⁽⁴⁾. Fatos são mais ou menos semelhantes, jamais idênticos.

Aliás, a analogia, que tradicionalmente tem merecido um tratamento secundário, não constitui um elemento accidental, mas essencial ao conhecimento, pois o justo e o injusto, o belo e o feio, o legal e o ilegal são construídos em verdade a partir de comparações, isto é, de analogias implícitas ou explícitas.

De tudo isso resulta que o direito não está previamente dado (o direito não existe), pois é parte da construção social da realidade; e, portanto, o direito não preexiste à interpretação, mas é dela resultado, razão pela qual a interpretação não é um modo de desvelar um suposto direito preexistente, mas a forma mesma de produção do direito. Enfim, não é mais a interpretação que depende do Direito (ou da lei), mas o Direito (ou a lei) que depende da interpretação; dizendo-o à maneira de **Nietzsche**: não existem fenômenos jurídicos, mas só uma interpretação jurídica dos fenômenos.

O que é então o Direito? Sob essa perspectiva, uma multidão móvel de metáforas, metonímias e antropomorfismos⁽⁵⁾; ou, ainda, o Direito são relações, interações, interpretações, decisões⁽⁶⁾. ●

Notas

- (1) **Paulo Queiroz**. *Direito Penal. Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- (2) **Arthur Kaufmann**. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- (3) **NIETZSCHE, Friedrich**. *Sobre Verdade y Mentira en Sentido Extramoral*. Tecnos: Madrid, 1996.
- (4) **NIETZSCHE, Friedrich**. *Sobre Verdade y Mentira en Sentido Extramoral*. Tecnos: Madrid, 1996.
- (5) **NIETZSCHE, Friedrich**. *Sobre Verdade y Mentira en Sentido Extramoral*. Tecnos: Madrid, 1996.
- (6) Naturalmente que com esse conceito geralíssimo, aplicável a outros saberes, fica por esclarecer o que há de peculiar no “fenômeno” jurídico.

Paulo Queiroz

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

NOTAS, CURSOS E EVENTOS

Leia na Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 67 – julho-agosto/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
- *El Uso de la Videoconferencia en el Proceso Penal Español* - Juan Carlos Ortiz Pradillo
- *Aspectos Médicos e Jurídicos da Eutanásia* - Iberê Anselmo Garcia
- *Sistemas Penales y Criminología Crítica. Reflexiones Sobre la Enseñanza Jurídica y sus Vinculaciones con el Poder en América Latina* - Liliana Amanda Rivas

11º CONCURSO DE MONOGRAFIAS JURÍDICAS

Nos termos do edital do 11º Concurso IBCCRIM de Monografias Jurídicas, a Comissão Julgadora proclama vencedora a obra de **Cláudio do Prado Amaral** intitulada “*Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea: Dogmática, Missão do Direito Penal e Política Criminal na Sociedade de Risco*”.

A referida obra será lançada durante o 13º Seminário Internacional do IBCCRIM, de 08 a 11 de outubro de 2007, ocasião em que todos os participantes receberão um exemplar.

TRIBUTO AO PROFESSOR SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO: ESTUDOS DE POLÍCIA JUDICIÁRIA – SÃO PAULO / SP

Realização: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, Academia de Polícia Civil “Dr. Coriolano Nogueira Cobra” e Centro de Direitos Humanos e Segurança Pública “Dr. Celso Vilhena Vieira”.

Local: Salão Nobre da Faculdade de Direito do Largo São Francisco

Data: 13 e 14 de setembro de 2007

Horários: Dia 13/09 das 19h00 às 21h00 e dia 14/09 das 08h30 às 18h00

Inscrições: Gratuitas, através de *email* - tributoprof.pitombo@policiacivil.sp.gov.br

Presenças confirmadas:

Alberto Silva Franco, André Dahmer, Antonio Scarance Fernandes, Antônio Sérgio Pitombo, Carlos Afonso Gonçalves da Silva, Celso Limongi, Claudemir Costa Santos, Cleunice Valentim Bastos Pitombo, Flávia Rahal, José Pedro Zaccariotto, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Marta Saad, Maurício Zanoide de Moraes, Eros Roberto Grau, Rogério Lauria Tucci, entre outros.

Temas: *Natureza e finalidade da Polícia Judiciária à luz da Constituição; Devido Procedimento Persecutório; Tecnologia na Investigação Policial e Novas modalidades de perícias na investigação.*

DÉBITO AUTOMÁTICO TAMBÉM ATRAVÉS DO BANCO ITAÚ

Associados do IBCCRIM já contavam com a facilidade de fazer a sua contribuição mensal através de débito automático nos Bancos: Bradesco, Nossa Caixa Nosso Banco, Banespa e Banco do Brasil. A novidade agora é que o Banco Itaú também fará o débito automático da mensalidade para seus correntistas.

Para alterar a sua forma de pagamento, entre em contato com o departamento financeiro através do telefone: (11) 3105-4607 ramal 141 ou envie um e-mail para financeiro@ibccrim.org.br

FIQUE DE OLHO!

JÁ SÃO POUCAS AS VAGAS DISPONÍVEIS PARA A ÁREA PRESENCIAL DO 13º SEMINÁRIO INTERNACIONAL!

Lembramos aos interessados que as inscrições tem tido bastante procura e que, as vagas para a categoria presencial são de número restrito.

Garanta já a sua presença!

As inscrições são *on-line* e devem ser feitas através do *site* www.ibccrim.org.br/seminario. Pelo sistema *delivery* o pagamento pode ser parcelado em até 3 vezes nos cartões de crédito **Visa** e **Amex**. Os cartões **Mastercard** e **Diners** são aceitos apenas na sede do IBCCRIM.

Participe! Mais informações, entre em contato pelo telefone:

(11) 3105-4607 ramais 140 ou 144.

Notas, cursos e eventos

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:

André Pires de Andrade Kehdi, Caroline Braun, Cecília Tripodi, Eleonora Rangel Nacif, Fabiana Zanatta Viana e Renato Stanziola 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
http://www.ibccrim.org.br	
E-mail: ibccrim@ibccrim.org.br e boletim@ibccrim.org.br	

A LEI Nº 11.466/07 E O NOVO ART. 319-A DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Belize Câmara Correia

Exposição ou justificativa:

Há algum tempo a sociedade brasileira vem assistindo perplexa à execução indiscriminada de delitos através de ordens emanadas de aparelhos celulares utilizados por detentos no interior das unidades prisionais. A gravidade da situação veio à tona em meados de maio de 2006, com as rebeliões promovidas nos presídios paulistas pelo Primeiro Comando da Capital (PCC), que provocou consequências desastrosas também fora dos muros da prisão, com a morte de dezenas de policiais, agentes penitenciários e membros da sociedade civil, ocasião em que a cidade de São Paulo literalmente parou, vendo-se refém do crime organizado. A constatação que a ordem para diversas execuções teria partido de dentro dos presídios/penitenciárias provocou clamor público, dando vida a uma intensa insatisfação social gerada pela surpresa de como providências relativamente simples não são adotadas para impedir o acesso a essa espécie de comunicação pelo preso.

Nesse cenário, veio à lume a recente Lei nº 11.466, de 28 de março de 2007. Tal diploma legislativo, além de transformar em falta grave a posse, utilização ou fornecimento de aparelho telefônico, de rádio ou similar, incluiu no Código Penal Brasileiro, no Título “Dos Crimes contra a Administração Pública”, capítulo “Dos crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral”, o art. 319-A, com a seguinte redação:

“Art. 319-A. Deixar o Diretor de Penitenciária e/ou agente público, de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo:

Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano”.

A lei entrou em vigor da data de sua publicação, ou seja, está produzindo efeitos desde o dia 29 de março de 2007.

Pela localização e redação do dispositivo, percebe-se que o legislador penal desejou conferir-lhe a roupagem de derivação do tipo penal da prevaricação (art. 319), que descreve a conduta de “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”.

Cotejando-se ambos os dispositivos, vê-se que, enquanto o art. 319 refere-se

apenas a “ato de ofício”, o art. 319-A especifica o conteúdo do ato a que está obrigado o agente público e cuja omissão constitui crime, qual seja, o de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico ou similar.

Nota-se também que, embora tenham a mesma estrutura, a sanção cominada ao novo delito é levemente mais branda em relação àquela prevista para a prevaricação, uma vez que, para esta última, além da pena privativa de liberdade, impõe-se cumulativamente a pena de multa.

Vale ressaltar ainda que, diferentemente do crime de prevaricação, o novo tipo penal esculpido no art. 319-A não exige que a conduta seja praticada “para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”. Basta, portanto, a simples omissão, por parte do agente público, na missão de proibir que o preso tenha acesso ao aparelho celular ou similar, sendo prescindível, assim, o chamado especial fim de agir a in-formar a conduta.

O art. 319-A também não cogita da possibilidade de “retardamento” do ato, fazendo alusão tão-somente à modalidade de deixar de praticar o ato a cuja observância está obrigado o agente público. Isso até por uma questão de lógica, uma vez que a conduta de retardar afigura-se incompatível com a ação de permissividade de acesso a aparelho celular ou similar. Em outras palavras, ou o agente público permite o acesso e consuma-se automaticamente o crime ou não pratica qualquer delito. Daí porque se trata de um crime omissivo próprio.

Merece destaque também a redação um tanto confusa que foi conferida ao tipo penal em estudo, sob a expressão “deixar de cumprir o dever de vedar”. Ora, sabe-se que o legislador penal deve primar sempre pelo uso da linguagem simples, clara e objetiva. A observância de tal dever nada mais é do que uma exigência do próprio princípio da legalidade.

Conforme leciona **Cláudio Brandão**:

“O princípio da legalidade impõe uma exigência ao legislador quanto à linguagem utilizada na formulação da norma penal: a norma deve usar signos lingüísticos claros, que possibilitem uma individualização do modelo abstrato da conduta incriminada (...)”⁽¹⁾.

Se bem que a redação conferida ao art. 319-A não tenha comprometido a individualização da conduta prosrita, o certo é que pecou pela falta de objetividade e

clareza. Embora não se possa dizer que a norma seja incompreensível, certamente se pode aceitar que a sua redação descurou do aspecto técnico, por dificultar a apreensão imediata do seu conteúdo.

Feitas essas observações preliminares, cabem aqui algumas reflexões acerca da aplicação prática do novo dispositivo legal, levando-se sempre em consideração a realidade do sistema penitenciário brasileiro.

Ora, sabe-se que, segundo pacificado na doutrina mais moderna, todas as normas restritivas de direitos fundamentais, entre as quais figuram com proeminência as normas penais incriminadoras, devem observância ao princípio da proporcionalidade.

Conforme leciona **Mariângela Gama de Magalhães Gomes**:

“O princípio da proporcionalidade tem o seu principal campo de atuação no âmbito dos direitos fundamentais, enquanto critério valorativo constitucional determinante das máximas restrições que podem ser impostas na esfera individual dos cidadãos pelo Estado, e para a consecução de seus fins. Assim, integra uma exigência ínsita no Estado de Direito enquanto tal, que impõe a proteção do indivíduo contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas que gravem o cidadão mais do que o indispensável para a proteção dos interesses públicos”⁽²⁾.

Quanto à atuação do princípio especificamente na órbita do Direito Penal, conclui a mesma autora:

“Pode-se dizer que, ao lado de princípios como o da legalidade, culpabilidade e igualdade, a proporcionalidade informa a atividade penal substantiva no ordenamento democrático, encaminhando para a norma penal e sua aplicação judicial o restrito grupo de valores fundantes do critério democrático de legitimidade, entre eles a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”⁽³⁾.

Outro não é o caminho que vem sendo trilhado pela doutrina estrangeira, como nos mostra **Teresa Aguado Correa**:

“En un Derecho de la intervención como lo es el Derecho penal, las garantías del Estado de Derecho han desempeñado lá función de condicionar las intromisiones y su intensidad a determinados presupuestos, así como la función de minimizarlas y controlarlas. Y en este contexto, se puede afirmar que el principio central es el de la proporcionalidad de las intervenciones,

Belize Câmara Correia

➔ *que deben ser necesarias y adecuadas para lograr su objetivo y también ser razonables o proporcionadas en cada caso*³⁽⁴⁾.

O princípio da proporcionalidade pode ser dividido em três elementos ou subprincípios: adequação (ou idoneidade), necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*.

Em razão do subprincípio da adequação, o Direito Penal só se encontra autorizado a intervir quando seja minimamente eficaz para alcançar seu fim por excelência — evitar a prática de delitos — devendo rechaçar-se a sua utilização quando se mostrar inoperante, ineficaz ou contraproducente para esse desiderato.

De seu turno, o subprincípio da necessidade, corolário do princípio da intervenção mínima, significa que o legislador penal só está autorizado a recorrer à tutela penal quando não houver outro meio de salvaguardar determinado bem jurídico, por haverem fracassado todas as outras formas de controle social acessíveis ao Estado.

A proporcionalidade *stricto sensu*, finalmente, traduz a idéia de que a carga imposta pela sanção penal deve ser compatível com a relevância do interesse protegido pela norma. Tal postulado já pode ser identificado no pensamento de **Beccaria**, em sua obra *Dos Delitos e das Penas*:

*“Os meios de que se utiliza a legislação para impedir os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais freqüente. Deve, portanto, haver uma proporção entre os crimes e as penas”*⁵⁽⁵⁾.

Registre-se que para uma norma penal estar em consonância com o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, deve respeitar simultaneamente todos os seus subprincípios acima analisados.

Isso evidentemente não ocorre em relação ao art. 319-A, que transgredir os subprincípios da necessidade e também da adequação.

De fato, a grande maioria das unidades prisionais brasileiras, para não arriscar dizer todas, ao contrário do que comumente se pensa, não são dotadas dos mais simples mecanismos tecnológicos destinados a impedir efetivamente a entrada e a utilização de aparelhos celulares ou similares em seu interior, tais como detectores de metais e bloqueadores de sinais.

Há notícia de algumas ações civis públicas ajuizadas com vistas à instalação dos bloqueadores, mas, enquanto nelas se discute a quem cabe tal responsabilidade — se ao Estado ou às operadoras — e de que forma a tecnologia deve ser im-

plementada, inúmeros delitos continuam a ser executados mediante ordens advindas de telefones celulares e outros meios de comunicação semelhantes que se encontram à disposição dos detentos.

Por outro lado, a escassez de material humano aliada ao excesso de visitantes sem controle dentro das unidades compromete profundamente, senão inviabiliza por completo, a realização de uma atividade de revista satisfatória. O resultado dessa combinação é o que se vê corriqueiramente na imprensa: a entrada indiscriminada, nos presídios/penitenciárias, não só de aparelhos celulares, mas também de substâncias tóxicas, armas e diversos outros itens proibidos.

Todos esses fatores, que, juntamente a tantos outros, põem à mostra as mazelas do sistema penitenciário brasileiro, cada vez mais distante da tão sonhada ressocialização, leva-nos a concluir que a tutela penal, na hipótese do dispositivo em questão, carece de necessidade e adequação.

Isso porque, antes de uma norma penal incriminadora, muitas outras alternativas que de fato poderiam coibir o acesso do preso a aparelhos celulares e similares lamentavelmente não foram implementadas.

Mais uma vez, portanto, o Direito Penal despe-se do seu caráter de *ultima ratio* para ser erigido à falsa categoria de solução milagrosa dos problemas, em total menosprezo ao subprincípio da necessidade.

Da mesma forma, caso não viabilizadas as medidas de ordem prática e logística já citadas, o novo dispositivo carecerá de aptidão para coibir de maneira eficiente a utilização de aparelhos celulares ou similares dentro das unidades prisionais e, via de consequência, a comunicação dos presos entre si ou com o ambiente externo.

Dito de outra forma, à míngua da já citada estrutura tecnológica mínima, não será raro que aparelhos celulares continuem a adentrar facilmente nas unidades prisionais, sem que se possa, com isso, imputar a prática do delito previsto no art. 319-A aos agentes públicos responsáveis pela segurança.

Imaginemos que um aparelho celular seja encontrado em poder de um detento numa dada unidade prisional. Esse fato por si só não poderá dar ensejo à condenação de qualquer agente pela prática do delito previsto no art. 319-A, sob pena de estar-se dando vida à teoria da responsabilidade penal objetiva, totalmente proscrita do sistema jurídico brasileiro.

Para que houvesse punição, seria necessário comprovar, de forma indubidosa, que determinado agente público permitiu especificamente àquele preso o acesso àquele específico aparelho. Essa hipótese, porém, exsurge como tão remota que nos permite concluir que a incriminação constitui dispositivo natimorto, ante a inexistência de detectores de metais e registro eletrônico e preciso de quem era o responsável pela revista no exato momento da omissão.

À míngua de tais meios de prova, ficaremos à mercê da versão dos próprios detentos que, não raro, nutrem profundo sentimento de ódio e vingança em relação a agentes penitenciários, sendo certo que muitos não perderão a oportunidade de imputar-lhes falsamente a violação do dever.

O art. 319-A, portanto, se insere entre aquelas normas denominadas por alguns como “normas placebo”⁶⁽⁶⁾, vindas a lume com o único intuito de dar uma satisfação à sociedade, sem, todavia, oferecer antídoto eficiente ao veneno.

Com isso não se está a defender que o Direito Penal permaneça inerte e não acompanhe os fatos para coibir a prática de condutas indesejadas, mas que isso seja feito de forma responsável, no intuito de realmente solucionar o problema, e não como tradução de uma “legislação de pânico” ou “faz-de-conta”, apenas para prestar algum tipo de satisfação à sociedade. Exemplo disso é o que também vem acontecendo com o debate acerca da redução da maioridade penal, inflamada sobretudo pela morte da criança João Hélio e dos adolescentes Liana Friedenbach e Felipe Café. Tal proposta conta com o apoio da maioria da sociedade brasileira, como se fora solução mágica para a redução da criminalidade, sem que haja a preocupação de abordar paralelamente outras questões fundamentais, tais como a insuficiência de vagas no falido sistema carcerário brasileiro e a necessidade de implantação de políticas públicas na área da infância e juventude.

Se o legislador continuar a produzir leis dessa maneira, sem a prévia ou simultânea adoção de medidas de ordem logística necessárias a impedir de fato o crime, pode-se visualizar um prognóstico de enxurrada de normas penais inúteis, detentoras de uma força meramente simbólica, mas sem qualquer aplicabilidade prática, levando, via de consequência, ao inchaço da máquina estatal e a um profundo déficit de efetividade do Direito Penal, estimulando, em última instância, a própria impunidade.

➔ Conclusão

A nova tipificação constante do art. 319-A, introduzida pela recente Lei nº 11.466/07, pode ser inserida entre aquelas normas penais incriminadoras que não atentaram para o princípio da proporcionalidade, vindo a lume com a única pretensão de prestar contas à sociedade, mas não com a intenção de realmente debelar a problemática do uso de aparelhos de comunicação, de dentro das unidades prisionais, para a execução de delitos. A existência isolada do dispositivo penal, portanto, torna-se inócua do ponto de vista prático, se não for conjugada, como de fato ainda não foi, com providências logísticas necessárias, sobretudo tecnológicas. À mingua destas,

a criação do novo tipo penal em questão cria a impressão, que é apenas falsa, de que todas as medidas cabíveis foram adotadas, estancando as reivindicações de fato eficientes e tornando a sociedade míope, por meio de um verdadeiro estelionato legislativo. 

Notas

- (1) *Introdução ao Direito Penal: Análise do Sistema Penal à Luz do Princípio da Legalidade*. Rio de Janeiro: Forense: 2002, p. 81.
- (2) **GOMES, Mariângela Gama de Magalhães.** *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 35.
- (3) **GOMES, Mariângela Gama de Magalhães.** *O Princípio da Proporcionalidade no Direito*

Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 76.

- (4) **CORREA, Teresa Aguado.** *El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: EDERSA, 1999, p. 113.
- (5) **BECCARIA, Cesare.** *Dos Delitos e das Penas*. Trad. de **Torrieri Guimarães**. São Paulo: Martin Claret, 2000, pp. 68-69.
- (6) **Rafael Mafei Rabelo Queiroz.** "A (perene) crise penitenciária e as normas penais placebo: breves notas à Lei nº 11.466/07". **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, nº 173, abr. 2007, pp. 12-13.

Belize Câmara Correia

Promotora de Justiça em Pernambuco, professora de Direito Penal da Faculdade Damas - Recife (PE) e mestre em Direito Penal pela UFPE

Belize Câmara Correia

A LEI Nº 11. 419/2006 E O PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL: MAIS AGILIDADE E MAIS SEGURANÇA PÚBLICA

Claúdio Amaral

Com o advento da Lei nº 11.419/2006, o Estado passou a autorizar que o processo judicial assumia formato eletrônico. Muito se fala sobre referido diploma legal, grande novidade jurídica da era pós-moderna para aqueles que sonham com um sistema de justiça mais célere. A permissão legal para a criação de processos eletrônicos alcança também o campo penal. Isso significa que o processo penal pode empregar meios eletrônicos para a sua tramitação, bem como pode fazê-lo para a respectiva comunicação de atos e transmissão de peças processuais. Desaparecem os papéis. Tudo passa ser eletrônico. Logo, as comunicações de atos processuais atingem velocidade e qualidade jamais vistas.

Chamo a atenção, aqui, para tema que parece ter passado tão despercebido quanto promissor e no qual a aplicação da referida lei trará boas soluções a uma das mais inquietantes situações vivenciadas pelo sistema de justiça e pela sociedade como um todo: a execução da pena e seus processos.

Vejamos o que ocorre hoje com a movimentação física de autos.

O processo de execução de condenado preso se movimenta em direção à gradativa retomada de contato do condenado com a sociedade que agrediu. Logo, é um processo que caminha em direção a um "benefício". Os chamados "benefícios" levam o condenado à obtenção de uma liberdade vigiada, sem que com isso sua pena esteja totalmente cumprida. São

situações em que o condenado retoma o convívio social, todavia, submetido a um período de provação. Como exemplo podemos citar o regime aberto e o livramento condicional.

Por mês, os cartórios das varas de execuções criminais (VECs) expedem milhares de certidões, autuam incontáveis guias/execuções, realizam cálculos de penas e datas de respectivos vencimentos de benefícios com significativos atrasos. Outro complicador está na movimentação de autos, com toda a burocracia de segurança que essa movimentação exige, o que atrasa ainda mais o andamento processual.

Pior. Em matéria de movimentação de autos, o processo de execução acompanha fisicamente o condenado. Assim, se este é transferido de uma unidade prisional afeta a uma determinada comarca para outro estabelecimento prisional pertencente a comarca diversa, o processo não permanece na comarca de origem, devendo ser remetido ao cartório (e respectivo juízo) da comarca para onde foi transferido o preso. Essa operação frequentemente leva semanas. É tempo suficiente para o recluso revoltar-se ou insurgir-se contra o sistema penitenciário.

Não se pode desprezar, tampouco, que a aferição do requisito subjetivo para a obtenção de benefício exige trânsito de papéis igualmente moroso. Assim, há formação de expediente físico (autos) no cartório do estabelecimento prisional

para apreciação dos mais diversos benefícios, que uma vez concluído é remetido ao cartório da VEC da comarca, onde será feita a devida triagem e encaminhamento a um dos sujeitos processuais. Trata-se de uma descomunal e anacrônica movimentação de papéis.

Tudo conspira para que na data do vencimento do benefício do sentenciado inicie-se demorado processamento físico para a verificação dos demais requisitos necessários para a prestação jurisdicional.

É nesse contexto que surge a Lei nº 11.419/2006, que traz como mensagem direta o objetivo de agilização do processo judicial. Entretanto, mais importantes que essa mensagem legal direta são as aquelas que a semiótica revela: 1) o Estado passa a admitir que a informação é a grande riqueza dos tempos que atravessamos, merecendo, por isso, adequado trato, visando melhorar sua velocidade e qualidade; 2) o Poder Público também afirma que a tramitação física de processos (através de autos) é importante causa de morosidade do sistema de justiça e; 3) fundamentalmente, ao permitir a troca do processamento físico pelo processamento virtual, o Estado reconhece que o processo é um sistema dialógico instrumental que usa a comunicação como seu principal elemento e que, justamente por isso, necessita que essa comunicação tenha qualidade e velocidade como condição para a efetivação do sistema de justiça.

Claúdio Amaral

Dito de outro modo, a mensagem cifrada que o Estado emite com a Lei nº 11.419/2006 é a de que a movimentação física de papéis para o trato da informação é o maior entrave à efetividade do processo de execução da pena (como de resto, em todo processo).

Vejam, agora, a partir da Lei nº 11.419/2006, quais são os benefícios para o processamento da execução das penas criminais.

A começar pela facilidade. O processo de execução penal é altamente suscetível ao formato eletrônico. Provavelmente, o mais suscetível. Seus incidentes resultam, sempre, no acréscimo ou decréscimo de *quantum* de pena, ou na passagem de um tipo de pena para outro. É um processo que gerencia, basicamente, uma “conta corrente”, e justamente por isso, exige *softwares* que não implicam maiores dificuldades.

O incrível volume de papéis e a insuportável movimentação de autos seriam substituídos pela agilidade que só as redes de informações digitais e computadores podem dar. Seriam substituídos também pela virtualidade que permite o conhecimento dos pedidos de benefícios feitos pelos condenados e das respectivas decisões judiciais em tempo real, eliminando as distâncias físicas.

Como já dito acima, “o processo de execução vai aonde o preso vai”. Com a implementação da lei nova, não será mais preciso que os autos sigam o condenado quando este sai de um estabelecimento prisional para outro, pois o processo o segue virtualmente, isto é, dentro de um banco de dados. Quanto ao ingresso e saída do sentenciado da unidade prisional, seria realizado de modo simples: através de identificação biométrica, bastando que o preso coloque seu dedo em um leitor eletrônico ao entrar e sair de uma penitenciária. Segue-se que o cálculo de sua pena e respectivos benefícios se realizariam onde quer que o sentenciado esteja preso. Desaparece a remessa física de autos que provoca a indesejável colocação do processo no fim de uma assustadora pilha.

Isso tudo exige, obviamente, adequada *interface* com as demais instituições e órgãos que interagem com as Varas de Execuções (Secretaria de Administração Penitenciária, Ministério Público, Defensoria Pública etc.).

Com a lei nova, é absolutamente factível que na data do benefício do preso, o programa dispare comunicação ao juiz das Execuções Penais que, por sua vez, dispare mensagens concomitantes de

“vista eletrônica” para o promotor de Justiça e o defensor manifestarem-se, retornando os autos virtuais para o juiz, cuja decisão será a imediatamente comunicada à unidade prisional onde o preso estiver.

Caso a decisão seja favorável, será colocado em liberdade mediante alvará de soltura expedido com certificação digital e que será cumprido onde quer que se encontre o preso, mesma unidade prisional que poderá expedir eventuais outros documentos, como carteira de controle de apresentação periódica do sentenciado perante o juízo das execuções, compromisso de comparecimento do condenado ao cartório da comarca em que declarar residência, etc.

Ademais, o processo eletrônico de execução penal permitirá ao Executivo uma clara visualização da massa carcerária (tipológica e quantitativa) para que haja separação dos presos conforme duração da pena e periculosidade, tal qual determina a LEP, com inegáveis benefícios para a sociedade.

Mais que isso. Surge a esperança de redução da população carcerária em razão da rápida prestação jurisdicional, inclusive, permitindo elaboração de estatísticas mais precisas, objetivas e confiáveis para administração de vagas. Espera-se que essa redução quantitativa da população carcerária permaneça, quadro que somente mudaria caso haja aceleração no cumprimento dos demais mandados de prisão pela polícia.

Outra consequência certa é a redução do número de rebeliões. Não é demais lembrar o que a nossa experiência ensina. O que acontece quando um juiz visita um estabelecimento prisional? O que o magistrado mais ouve dos presos? Como um coro, todos afirmam que já têm direito a algum benefício e que estão ali mais tempo do que deveriam estar.

Uma vez que o acesso aos autos eletrônicos poderá ser feito fora das relações clássicas de tempo-espço, paradigma quebrado pela modernidade, será possível ao recluso saber de sua situação processual dentro do próprio estabelecimento em que cumpre pena. As rebeliões deixarão de ter como pretexto a alegação de que “os benefícios dos presos estão atrasados”.

Vejam, agora, aquele que talvez seja o argumento mais forte. Fundamentalmente, o crime organizado pelas facções criminosas — que atuam dentro e fora das unidades prisionais — teria minada uma de suas bases de sustentação dentro dos presídios.

É voz unânime na doutrina e na experiência mundial que a criminogênese específica do crime organizado é a ausência do Estado. Não é novidade: o crime organizado germina onde o Estado é omissor ou dividido.

Nessa seara, ocorre atualmente que os líderes de facções que estão presos se utilizam basicamente da falta de informações dos demais detentos sobre suas respectivas situações processuais.

Dito de outro modo: a desinformação dos demais presos é fator de fragilização dos mesmos, que é usada como alavanca pelos líderes de facção, os quais utilizam argumentos de presença e força para suprir o discurso de segurança ontológica (conhecimento no mundo) que o Estado deveria dar ao condenado que, afinal, é seu custodiado.

Ora, a partir do instante que o “detento comum” vislumbra no líder de facção o seu único referencial de segurança e expectativas, a este dará obediência. Ao Estado, não.

A Lei nº 11.419/2006 surge como poderosa ferramenta que possibilita ao Estado fazer-se efetivamente presente no cumprimento da pena em seus aspectos principais previstos na Lei de Execução Penal.

A possibilidade do preso ter conhecimento de sua efetiva situação processual é aspecto fundamental para diminuir sua susceptibilidade aos líderes das unidades prisionais.

Com a possibilidade de criação de processos eletrônicos, não é exagero dizer que os problemas existentes nas Varas de Execuções seriam drasticamente reduzidos e a segurança pública melhorada em muito. O advento da Lei nº 11.419/2006 dá oportunidade indispensável para que o Judiciário possa fazer a diferença em tema tão importante e delicado como é a questão penitenciária.

Dificuldades existiriam, sim. A implementação da referida lei não é simples. Migração de dados, gerenciamento de informações, logística e tantos outros desafios existirão. Todavia, nenhum deles forte o suficiente para impedir que a lei seja aplicada. Tecnologia, temos de sobra. E os custos, nada elevados, pois se situam muito abaixo do desejo de toda a sociedade de que o “Maio Sangrento” de 2006 não se repita. ●

Claúdio Amaral

Juiz da Vara das Execuções Criminais de São Paulo (SP), especialista, mestre e doutor pela USP em Direito Penal

É inegável que a obra relevantíssima de **Claus Roxin**, *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*⁽¹⁾, operou uma grande transformação da ciência jurídico-penal nas últimas décadas. Para além de uma “barreira intransponível da política criminal”, como assinalava **Liszt**, o Direito Penal assistiu à introdução sem precedentes de “decisões valorativas político-criminais”⁽²⁾, como previa e defendia **Roxin**, que verdadeiramente moldaram uma nova realidade. Uma realidade mais fragmentária e regida por idéias de cariz funcionalista. Uma realidade que hoje talvez exija um novo salto teórico, que, entretanto, não será aqui abordado. O fato, contudo, indiscutível e incontestável, é que hoje, como assevera com absoluta correção **Figueiredo Dias**, “as categorias e os conceitos básicos da dogmática jurídico-penal devem agora ser não simplesmente ‘penetrados’ ou ‘influenciados’ por considerações político-criminais: eles devem ser **determinados e cunhados a partir de proposições político-criminais e da função que por estas lhes é assinalada no sistema**”⁽³⁾.

Tal intróito apresenta-se relevante quando é discutido um instituto que possui sensível e impactante relação com a política-criminal, como é o caso do *sursis*, especialmente o *sursis etário*. Tal instituto, o *sursis*, como refere **Jescheck**, “é um meio autónomo de reação jurídico-penal que tem várias possibilidades de eficácia”⁽⁴⁾.

O art. 77, § 2º do Código Penal, prevê que “a execução da pena privativa de liberdade, não superior a 4 (quatro) anos, poderá ser suspensa, por 4 (quatro) a 6 (seis) anos, desde que o condenado seja maior de 70 (setenta) anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão”.

Vê-se, por conseguinte, que o legislador entendeu por bem humanizar a execução da pena privativa de liberdade, facultando a concessão do *sursis* no caso acima referido.

Ocorre que o fato do condenado ser maior de 70 anos de idade na data da sentença é também uma atenuante, assim como o fato do agente ser menor de 21 anos na data do evento criminoso (art. 65, I, do CP).

Impõe-se indagar: qual a razão da desigualdade de tratamento no caso em apreço? **Qual a motivação da não extensão do *sursis etário* ao agente que tinha menos de 21 anos na data do fato, caso receba uma pena não superior a quatro anos?**

Em alguns casos, como o presente, é preciso ir além da lei para vislumbrar o verdadeiro Direito. É preciso observar que o Direito vai além da lei e que o juiz

poderá decidir até contra a lei, mas estribado no Direito.

Mais ainda naquelas situações em que o agente menor de 21 anos seja primário, tenha bons antecedentes e plenas condições de obter uma inserção social fora do cárcere. A restrição da liberdade impõe-se apenas naquelas situações excepcionais e estritamente necessárias. Isto é, quando seja absolutamente não recomendável a liberdade do cidadão. Quantas e quantas vezes inúmeros jovens, menores de 21 anos, respondem ao processo em liberdade e, depois de um longo tramitar da demanda

— por vezes anos —, sem cometer qualquer fato novo, têm de adentrar o odioso e criminógeno sistema prisional, pela impossibilidade de aplicação do *sursis*, para cumprir uma pena que tende apenas a degradar a sua dignidade e o seu caráter?

Será essa a solução mais racional e adequada do ponto de vista da política criminal? Por certo que não. Como salienta **Roxin**: “De que serve, porém, a solução de um problema jurídico, que apesar de sua lindeza e uniformidade é político-criminalmente errada?”⁽⁵⁾

Urge, por conseguinte, ir mais além. Impõe-se a confluência e o chamamento de outras idéias, como aquelas atinentes à igualdade, à proporcionalidade e a proibição do excesso.

É sabido que o princípio da proporcionalidade possui respaldo constitucional, mormente quando se trata da restrição da liberdade da pessoa humana. O fato é que as leis, para serem constitucionais, não basta que hajam sido formalmente exaradas. Devem estar também materialmente em consonância com os superiores valores básicos da ordem fundamental liberal e democrática, bem como com a ordem valorativa da Constituição, e ainda hão de guardar, por igual, correspondência com os princípios elementares não escritos da Lei Maior, bem como com as decisões tutelares da Lei Fundamental, nomeadamente as que atendem como o axioma da estabilidade jurídica e o princípio do Estado Social⁽⁶⁾.

Segundo **Ingo Wolfgang Sarlet**⁽⁷⁾, é clara a aplicação do princípio da proporcionalidade no campo do Direito Penal:

“Na seara do Direito Penal (e isto vale tanto para o Direito Penal Material quanto para o Processo Penal), resulta — como já

referido — inequívoca a vinculação entre os deveres de proteção (isto é, a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela) e a teoria da proteção dos bens jurídicos fundamentais, como elemento legitimador da intervenção do Estado nesta seara, assim como não mais se questiona seriamente, apenas para referir outro aspecto, a necessária e correlata aplicação do princípio da proporcionalidade e da interpretação conforme a Constituição... O princípio da proporcionalidade atua, neste plano (o da proibição do excesso), como um dos princípios limites às limitações

dos direitos fundamentais, o que também já é de todos conhecido e dispensa, por ora, maior elucidação” (grifo nosso).

No caso em tela, não se pretende apenas tratar de forma proporcional duas situações que não apresentam grande disparidade, mas também reafirmar, realçar, robustecer, o próprio princípio da igualdade, previsto expressamente na Lei Maior (art. 5º, *caput*). Reforçar a metódica de controle do princípio da igualdade através do **princípio da proporcionalidade** (em sentido amplo), vem sendo uma tendência cada vez mais acentuada, como bem salienta **Gomes Canotilho**⁽⁸⁾.

Assim, não apenas se estaria tratando de forma equânime duas situações abstratas, mas, fundamentalmente, o que se estaria a fazer seria, do ponto de vista da política criminal, **a evitação de um excesso**, isto é, a restrição da liberdade de um menor de 21 anos, sem a devida e irrefreável necessidade.

Desse modo, embora o Código Penal seja omisso quanto à extensão do benefício, defende-se que à luz da aplicação do princípio da proporcionalidade, previsto na jurisprudência constitucional, o benefício do *sursis etário* deveria também ser concedido ao agente menor de 21 anos na data do fato, mormente naquelas situações de primariedade e ausência de antecedentes.

Ademais, sustenta-se que a atenuante da menoridade surgiu em razão da muitas vezes inegável fragilidade psíquica do agente. Como referia o desembargador **Ladislau Röhnelt**⁽⁹⁾:

“Tem-se considerado, para isso, que o caráter incompleto, imaturo e débil do adolescente é mais sensível às provocações do mundo circundante e ele ainda não possui a plenitude da capacidade de motivar livremente a pró-

➔ *pria conduta, embora tenha a capacidade integral de compreender o lado ruim e ilícito das coisas. Em outros termos, dada a sua imaturidade psíquica, ainda não dispõe do pleno domínio sobre os atos e fatos de sua conduta.”*

Se tal opinião não há de ser generalizada, desprezada também não há de ser. A realidade é que não se pode esquecer que por uma questão de política criminal não se recomenda, em determinadas situações, inserir no regime prisional, mesmo o aberto, um jovem que praticou o delito com menos de 21 anos⁽¹⁰⁾.

Não há como negar, nos dias atuais, uma posição de transcendência da política criminal, como escreve mais uma vez **Figueiredo Dias**:

“Se o aparelho conceitual da dogmática jurídico-penal deve ser determinado a partir de proposições político-criminais; e se desta forma, mas por outro lado, é à política criminal que pertence definir as fronteiras da punibilidade — então, sem por isso perder a sua intenção especificamente (e dir-se-á mesmo: autenticamente) jurídica, a política criminal surge como uma ciência transpositiva, transdogmática e trans-sistemática face a um qualquer Direito Penal Positivo. A sua função última consiste em servir de padrão crítico tanto do direito constituído, como do direito a constituir, dos seus limites e da sua legitimação. Neste sentido se deverá compreender a afirmação de que a política criminal oferece o critério decisivo de determinação dos limites da punibilidade e constitui, deste modo, a pedra-angular de todo o discurso legal-social da criminalização/des-criminalização (grifo nosso)”⁽¹¹⁾.

Só uma idéia de retribuição absoluta da pena e de desapego ao dever do Estado de tentar evitar a reincidência repele a aplicação do *sursis* em tais casos. E mais, do ponto de vista da política criminal, poder-se-ia perguntar: o que é mais útil para a sociedade, deixar solto um jovem primário e sem antecedentes, condenado com uma pena até 4 anos, sem oferecer risco para a coletividade, ou mandá-lo para o sistema prisional?

Acima de tudo, é preciso não esquecer que o Direito há de buscar a Justiça. Mas a Justiça não se realiza quando uma Lei não permite a concretização da idéia de Direito. E o Direito só é verdadeiro Direito, como ensina **Castanheira Neves**, quando *“afirma a pessoa como pessoa, enquanto traduz uma conquista, sempre por conquistar, da sua liberdade”⁽¹²⁾*. ●

Notas

(1) Tradução brasileira de **Luís Greco**. São Pau-

lo/Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

- (2) **ROXIN, Claus**. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Tradução de **Luís Greco**. São Paulo/Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- (3) **FIGUEIREDO DIAS, Jorge de**. *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 32.
- (4) Citação referida por **Cezar Roberto Bitencourt**, em *Tratado de Direito Penal*, vol. I, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 619.
- (5) *Op. cit.*, p. 7.
- (6) **BONAVIDES, Paulo**. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 384.
- (7) “Constituição e Proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 47, março-abril 2004, São Paulo: RT, p. 98. **WOLFGANG SARLET, Ingo**. Sobre o tema, fundamental: **STRECK, Lenio**. “Bem Jurídico e Constituição: Da Proibição de Excesso (Übermaßverbot) à Proibição de Proteção Deficiente (Untermaßverbot) ou de Como Não Há Blindagem Contra Normas Penais Inconstitucionais”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXX, Coimbra, 2004, pp. 303/343.
- (8) **GOMES CANOTILHO, José Joaquim**. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed., Edições Almedina, Coimbra, pp. 1297-1298.
- (9) In: **AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de**. *Aplicação da Pena*. Publicação da Ajuris. Porto Alegre, 2000, pp. 57/58.
- (10) De referir que há decisões do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que concederam o *sursis* para condenados com penas superiores a 2 anos, porém com fundamentos diferentes, embora alguns dos réus também tivessem menos de 21 anos. Como asseverou o desembargador **Sylvio Baptista**, do TJRS, em acórdão robusta e impecavelmente fundamentado (Nº 70005049556, Sexta Câmara Criminal, 07.11.2002): “...Por outro lado, entendo que é possível conceder ao apelante o benefício da suspensão condicional da pena, ainda que a punição seja superior a dois anos. É o que já decidiu este colegiado: ‘A presunção, como regra absoluta, não pode ser mais acolhida. Não tem mais lugar, na atual ciência penal, dispositivos como o caput do artigo 77 do CP que declara serem perigosas todas as pessoas condenadas à pena superior a dois anos. Trata-se, inclusive, de determinação inconstitucional, pois a responsabilidade penal, consoante princípios da Carta Magna, é subjetiva. Deve-se punir pela condu-

ta, não porque o legislador pressupõe um fato. Depois, diante da isonomia prevista na Constituição Federal tem-se que reter o citado artigo (77), para, diante de outras leis mais atuais (concessão de sursis na Lei de Combate aos Crimes contra o Meio Ambiente, o atual art. 44 do CP etc.), estender a suspensão condicional da pena privativa de liberdade para punições que ultrapassem os dois anos. Ademais, com isto,

evita-se que os malefícios dos presídios, qualquer que seja o regime a cumprir, atinjam o réu primário e de bons antecedentes. A prisão, denunciada como ‘o grande fracasso da justiça-penal’, só deve ser concebida como a derradeira medida. Aplicável apenas nos casos de periculosidade do condenado. Na situação, embora o recorrente tenha cometido um delito com violência à pessoa, em razão da pequenez da pena, de sua menoridade, de seus antec-

edentes etc., a suspensão condicional da pena de prisão se impõe (Apelações 70003493509, 70004755401, 70004840344 etc.).’... Ora, se o mencionado artigo 44 prevê a substituição de penas até quatro anos, deve-se, por isonomia, reinterpretar o art. 77 do Código Penal, sob pena de cancelar situações irracionais, ilógicas, contraditórias. A alguém, que sofre uma condenação de quatro anos, permite-se, por exemplo, a prestação de serviços à comunidade e outra restritiva. Porém, é impedido de receber a suspensão condicional da pena com a submissão a regime de provas que, convenhamos, é mais gravosa. Descumprida alguma obrigação no primeiro caso, haverá a detração, enquanto no segundo deverá o condenado cumprir toda a punição. Depois, arrematando o escrito acima, cria-se situações totalmente injustas. Parte-se da presunção, equivocada, que o condenado por crime com grave ameaça ou violência à pessoa sempre, sempre, sempre, é mais perigoso que o outro, punido por infração sem aquela qualidade. O que não é verdade. ...”

- (11) **FIGUEIREDO DIAS, Jorge de**. *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 24.
- (12) **CASTANHEIRA NEVES, António**. *Digesta*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 41.

Miguel Tedesco Wedy

Advogado criminalista, professor de Direito e Processo Penal da Unisinos, mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS e doutorando em Ciências-Jurídico Criminais pela FDUC (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

É recorrente a insatisfação dos estudiosos do Direito Penal acerca das alterações por que tem passado o ordenamento jurídico brasileiro, mormente no que tange à criação de novos tipos penais e o incremento das sanções dos delitos já existentes.

A criminalização de novas condutas tem sido erigida pelos poderes públicos como solução para a violência e a criminalidade, hoje tão em voga nos meios de comunicação. Entretanto, o que se percebe é que a criminalidade, principalmente a denominada organizada, vem, ao contrário do esperado e do desejado, aumentando em percentuais expressivos. No entanto, a utilização desordenada da legislação penal não tem feito com que os índices de violência caiam, demonstrando o caminho errôneo percorrido pelo legislador penal.

Temos visto que o legislador penal encontra-se pressionado pela população, pela mídia e pelos próprios poderes públicos a encontrar soluções legislativas para os altos índices de criminalidade. Em consequência, pode-se ressaltar que a maior parte das alterações legislativas na área penal das últimas duas décadas no Brasil surgiu mediante esse discurso de emergência⁽¹⁾.

Esta não deve ser a postura do legislador penal em um país que se denomina Democrático de Direito, pois é sabido que o Direito Penal deve ser a última arma a ser utilizada para a proteção de um determinado bem jurídico. No entanto, é pacífico que o Direito Penal é necessário para salvaguardar certos bens mais caros à população, mas este ramo do Direito nunca deve ser usado de maneira desordenada.

Diante disso, pergunta-se como deve se pautar o legislador penal quando vislumbra a necessidade de criação de um novo tipo penal, quais os critérios a serem seguidos na tarefa legislativa. Neste passo, toma relevo a doutrina do Direito Penal Mínimo, uma vez que a minimalização do Direito Penal, ou seja, a intervenção penal como *ultima ratio* é iminente aos Estados Democráticos de Direito, os quais têm em suas Constituições o seu fundamento. Nelas encontram-se inscritos os princípios norteadores para um uso efetivo e racional do Direito Penal.

Nesse contexto, impõe-se que a intervenção do Direito Penal seja mínima, uma vez que ele, enquanto instrumento de controle social, que atua de forma a

restringir a liberdade dos cidadãos, deve ser a última arma de que se vale o Estado para dirimir os conflitos que lesem ou coloquem em perigo real os bens jurídicos fundamentais aos indivíduos e à comunidade⁽²⁾.

Retratando ainda os princípios da fragmentariedade e da ofensividade, não são quaisquer bens que merecem a tutela penal, tão-só os mais importantes e necessários ao convívio em sociedade. Por conseguinte, o Direito Penal não deve buscar criminalizar todas as condutas que ofendam bens jurídicos, mas tão-só as que os lesarem de maneira grave ou que os exponham a perigo de dano.

Na tentativa de estabelecer tais critérios — subsidiado pelos princípios retro citados —, destaca-se o brilhante estudo realizado pela doutora em Direito Penal Alice Bianchini, na obra intitulada *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*, oriunda de sua tese defendida no ano de 2000, junto à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, onde ela apon-tou as várias etapas que o processo criminalizador deve percorrer para adquirir legitimação.

Na primeira dessas etapas, foi destacada a importância do bem jurídico penal, que integra a categoria do merecimento de pena, englobando dois aspectos, a dignidade do bem-jurídico penal e a ofensividade da conduta. Neste sentido, somente os bens de elevada valia, ou seja, os bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens devem ser tutelados pelo Direito Penal. Mais ainda, somente podem ser elevadas à categoria de crime as condutas que, efetivamente, impeçam a convivência em sociedade (ofensividade). Esta última serve como parâmetro tanto para o Legislativo, impedindo que se criem tipos penais que não prevejam condutas graves que lesionem ou coloquem em perigo o bem jurídico tutelado, quanto para o Judiciário, impedindo a punição de condutas, mesmo inscritas em tipos penais, inofensivas ao bem jurídico tutelado pela norma⁽³⁾.

Numa segunda etapa, a autora descreveu a denominada necessidade de tutela penal, “isto porque a ofensa que

determinada conduta enseja a um bem digno de tutela sancionatória não implica, imperiosamente, que ela seja inscrita numa lei de natureza penal. Ou seja, nem todo bem jurídico pode ser qualificado penalmente”⁽⁴⁾.

Nesta etapa destaca-se o caráter subsidiário da tutela penal, a característica dela ser de *ultima ratio*, em que o Direito Penal, na visão de Munõz Conde, citado por Alice Bianchini, “somente está autorizado a agir quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito”⁽⁵⁾.

Por fim, na terceira e última etapa do processo criminalizador devem ser analisadas a adequação e a eficácia da tutela penal como forma de solucionar os conflitos insertos na sociedade. Após verificados o merecimento e a necessidade de pena, analisar-se-á se a medida utilizada possui aptidão

para cumprir com as finalidades para a qual foi criada. Ou ainda, se com a punição da conduta criminoso houve a efetiva proteção do bem jurídico tutelado.

Isto posto, em um Estado que se diz Democrático de Direito a atividade legislativa na seara penal deve seguir tais pressupostos aqui elencados, evitando o uso desmedido do Direito Penal que, como temos visto, não tem conseguido (e esta não é sua função), sozinho, resolver o problema da violência no país. ●

Notas

- (1) Pode-se citar, a título de exemplo, as seguintes alterações legislativas implantadas sob o discurso emergencial do denominado Movimento Lei e Ordem: a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), a Lei do Crime Organizado (Lei nº 9.034/95), a lei que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (Lei nº 10.792/2003), e, mais recentemente, a nova Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/2006).
- (2) PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: RT, 2003, p. 21.
- (3) BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*. São Paulo: RT, 2002, pp. 55/56.
- (4) *Idem*, p. 19.
- (5) *Idem*, p. 78.

Míriam Figueiredo da Silveira
Advogada em Belo Horizonte (MG)

O HABEAS CORPUS E A JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A VINCULAÇÃO ENTRE A DENÚNCIA E OS ELEMENTOS OBJETIVOS DE CONVICÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Daniel Gerber

Daniel Gerber

I. Objeto

Muitas são as oportunidades em que, no exercício da Advocacia Criminal, deparamo-nos com uma denúncia que traduz uma narrativa fática amparada, tão-somente, no clamor público gerado pelo ato ou, quiçá, no momento político de uma determinada região. O advogado, por sua vez, e no exercício correto de suas obrigações profissionais, ingressa com o competente *habeas corpus*, alegando, justamente, a ausência de base fática da acusação. Para sua “surpresa”, no entanto, recebe como resultado de seu esforço uma lacônica resposta que, sequer analisando o caso em si, alega ser inviável a análise de provas em tão estreita via.

Sem dúvida, podemos concordar que vários são os casos nos quais tal assertiva pode estar correta. Não obstante, vários são, também, os casos para os quais uma análise qualitativa e quantitativa dos elementos utilizados pelo Ministério Público para embasar sua denúncia se torna não apenas necessária, mas, indo além, verdadeira obrigação por parte do Poder Judiciário.

O presente estudo traz por objetivo discutir, ainda que brevemente, o conceito de justa causa da ação penal quando atrelada à necessidade de elementos objetivos e suficientes, no plano fático, para a legitimação da *persecutio criminis in iudicio*.

II. O processo enquanto pena

Consoante farta doutrina e jurisprudência, o reconhecimento do próprio processo penal enquanto *pena necessária* que se impõe ao suspeito pela prática de um suposto ato delituoso torna-se inegável.

Não obstante o próprio conceito de processo penal estar inserido em uma ótica de limitação do poder de punir, eis que impositor de regras inafastáveis para o exercício legítimo da força ora sinalada, sua incidência acaba por gerar, tanto no espírito quanto no próprio corpo do acusado, por vezes, efeitos tão ou até mais drásticos do que a própria condenação.

Como mera exemplificação do alegado, quantas não são as vezes que nosso Poder Judiciário, em delitos cometidos sem violência e sem grave ameaça, cuja pena em concreto não ultrapassa quatro anos (permitindo, assim, a aplicação de uma pena substitutiva, conforme artigo 44, CP), acaba, ante necessidades prementes, impondo uma restrição cautelar ao direito de ir-e-vir do acusado? Em casos como

esse, a premissa ora ventilada se comprova integralmente, pois a imposição do Direito Penal Material irá gerar uma pena substitutiva, enquanto o processo, de cunho instrumental, acaba por gerar a própria restrição à liberdade (quebrando, diga-se de passagem, o conceito necessário de garantia biunívoca que marca o entrelaçamento entre Direito Penal e Direito Processual Penal).

Carnelutti já apontava tal situação, afirmando que “*a justiça humana é feita assim, que nem tanto faz sofrer os homens porque são culpados quanto para saber se são culpados ou inocentes. Esta é, infelizmente, uma necessidade à qual o processo não se pode furta, nem mesmo se o seu mecanismo fosse humanamente perfeito... o processo por si mesmo é uma tortura...*”⁽¹⁾.

E é justamente por deter o caráter de *pena necessária* que o Estado, na figura do Ministério Público, deverá, quando do oferecimento de sua acusação, estar amparado em elementos suficientes e objetivos de convicção, sob pena de restar ausente a justa causa que legitima a imposição de uma “pena” sobre o cidadão.

III. Da carga probatória - *Nulla accusatio sine probatione* - Probabilidade e certeza - Juízo de admissibilidade da acusação - Justa causa para ação penal

Irrefutável o mandamento pátrio ao ordenar que cabe à acusação desvelar hipóteses e descobrir provas, não sendo imputada ao acusado qualquer espécie de obrigação similar e não sendo permitido ao julgador utilizar apenas de seu livre convencimento na análise das postulações acusatoriais.

Ferrajoli explana tal situação através da teoria das “provas legais negativas”, “*según la cual, si es cierto que ninguna prueba legalmente predeterminada puede ser considerada suficiente por sí sola para garantizar la verdad de la conclusión en contraste con la libre convicción del juez, ni siquiera la libre convicción puede ser considerada por sí sola suficiente a tal fin, al ser necesario que vaya acompañada de alguna prueba legalmente predeterminada*”⁽²⁾.

Percebe-se, através do princípio da presunção de inocência, devidamente insculpido em nossa Carta Magna (e ainda que entendido, por muitos, como estado de inocência ou presunção de não culpabilidade), que ao acusado é garantido o

conforto de somente ser processado ou condenado quando a acusação houver provado o fato e o Direito que lhe imputa.

Por óbvio que a prova de um fato, no que tange ao juízo de admissibilidade de uma acusação, não é a mesma prova a que se refere o juízo condenatório. Pelo contrário, poder-se-ia trabalhar, aqui, com dois distintos e complementares conceitos, quais sejam o de *probabilidade e certeza*. **Maier** avaliza o argumento, afirmando que “*durante el transcurso del procedimiento algunos actos y decisiones intermedias exigen tan solo un fundamento de menor grado...*”⁽³⁾. Para o autor, as decisões que antecedem o julgar (e, dentre elas, o recebimento de uma denúncia) necessitam, apenas, de uma *probabilidade positiva*.

A distinção entre certeza (positiva) e probabilidade (positiva) encontra-se, por sua vez, perfeitamente delineada na lição de **Malatesta**. Para o autor italiano, a primeira distinção a ser realizada é entre certeza e dúvida: a certeza, em seus dizeres, seria representada pela crença do indivíduo na percepção que pode deter entre o fato que lhe é apresentado enquanto fenômeno e sua convicção ideológica. A dúvida, no entanto, traz consigo maior complexidade. Neste sentido, afirma o autor que “*a dúvida é um estado complexo. Existe dúvida em geral, sempre que uma asserção se apresenta com motivos afirmativos e negativos; ora, pode dar-se a prevalência dos motivos negativos sobre os afirmativos e tem-se o improvável; pode haver igualdade entre os motivos afirmativos e os negativos e tem-se o crível no sentido específico. Pode haver, finalmente, a prevalência dos motivos afirmativos sobre os negativos e tem-se o provável*”⁽⁴⁾.

Conjugando-se a lição de ambos os autores e, por óbvio, não esquecendo os dizeres de **Carnelutti**, temos que somente poderá se erguer um processo-crime em desfavor de um cidadão — impondo-lhe, pois, a “pena processual necessária” — se a acusação, quando do oferecimento de sua exordial, “*ancorar sua pretensão sobre uma probabilidade positiva*”, passo este que, na prática, se traduz na existência de um “*mínimo lastro probatório a ancorar prevalência dos motivos afirmativos sobre os negativos*” — ou, dito em bom português, um mínimo conteúdo probante que permita identificar a narrativa do Ministério Público como provável.

Para tanto, inclusive, é que se realiza a

➔ necessária distinção entre atos de prova e atos de investigação, sendo estes últimos necessários para “justificar medidas cautelares e outras restrições adotadas no curso da fase pré-processual e para justificar o processo ou o não-processo”⁽⁵⁾.

Tal ponto merece destaque: na esteira da classificação de atos de prova e atos de investigação, temos que esses últimos: “a) não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese... c) servem para formar um juízo de probabilidade, e não de certeza... f) não estão destinados à sentença, mas a demonstrar a probabilidade do fumus comissi delicti para justificar o processo (recebimento da ação penal) ou o não-processo (arquivamento)”⁽⁶⁾.

Escancara-se, pois, a obrigação imposta ao órgão acusador de legitimar sua pretensão acusatória em atos de investigação preliminares que forneçam ao Poder Judiciário o lastro probatório gerador de probabilidade aos argumentos expendidos.

Insera-se, aqui, o conceito de justa causa para a ação penal. O que não se deve admitir é que o cidadão fique à mercê de um processo (que, por si só, é uma pena) baseado, tão-somente, em meras possibilidades, pois “possível” tudo é. Pelo contrário, exige-se que o fato narrado pela acusação ultrapasse os limites do possível e adentre o campo do provável, sob pena de transformarmos o científico processo penal em um conglomerado de regras assistêmicas a serem utilizadas ao bel prazer do órgão acusador.

E, para que toda esta argumentação não seja analisada como expediente defensivo de alguém que tenta evitar um justo processo contra si, vale citar novamente **Carnelutti** que, em análise específica ao tema, afirma: “El ministerio público, pues, antes de formar la imputación, debería si no precisamente convertir la sospecha del delito em certeza, cuando menos consolidar la sospecha, hasta el punto de considerar probable el delito...”⁽⁷⁾(g.n.).

Especificamente em relação ao direito pátrio, o entendimento não poderia ser diferente, até mesmo porque estamos a versar sobre uma **base ética** que deve fornecer substrato para toda e qualquer atuação de um órgão público.

Nesta senda, e ainda que se possa, hi-

poteticamente, trabalhar com a excepcionalidade de um ato imoral que vá ao encontro de uma base ética (por exemplo, uma prova ilícita captada pelo acusado para provar a sua inocência), tem-se que, em se tratando de órgão público, a ética somente resta afirmada através da moralidade do ato. Como consequência lógica de tal imposição, a ética de um ordenamento jurídico que apregoa a liberdade do cidadão e a garantia de seus direitos individuais somente se encontra preservada sob uma acusação que fulcra seus dizeres na probabilidade até agora discutida (legitimidade moral⁽⁸⁾).

Por fim, a própria existência do artigo 12, CPP, ao afirmar que o inquérito, quando servir de base para a denúncia, deverá acompanhá-la, ou do artigo 18 do referido diploma legal, ao afirmar que a autoridade policial somente pode proceder a novas investigações mediante notícia de outras provas, ou, ainda, do art. 39, § 5º, CPP, afirmando que a dispensa do inquérito policial, por parte do MP, somente será possível se houver a presença de elementos que habilitem a ação, apenas atesta o até então alegado, deixando claro que a existência de um lastro probatório apto a conduzir a hipótese acusatória do campo da possibilidade para o campo da probabilidade torna-se essencial ao correto desenrolar da ação penal, sob pena de negar-se vigência aos referidos dispositivos e, conseqüentemente, aos próprios princípios do contraditório e da ampla defesa.

IV. Considerações finais

Percebendo-se, então, a necessidade do suporte probatório como legitimação da narrativa acusatorial, torna-se óbvio que o *habeas corpus* para trancamento da ação penal irá exigir, por vezes, a análise do caderno processual e das peças que acompanham a denúncia. No entanto, não está a se versar, aqui, sobre uma tentativa de “alargar” a “estreita via” do *habeas corpus*. Pelo contrário, e já finalizando, concordamos com **Schmidt** quando, em análise sobre a hipótese ora ventilada (verificação de suficiência probatória), afirma não se tratar de “necessidade de dilação probatória, mas sim de **exame axiomático do su-**

porte probatório que fundamenta uma determinada decisão, além da análise da suficiência dos fundamentos descritos na denúncia”⁽⁹⁾, situação essa que torna o “remédio heróico” absolutamente aceitável por parte de nossos tribunais. ●

Notas

- (1) **CARNELUTTI, Francesco**. *As Misérias do Processo Penal*. Conan, 1995, pp. 45/46.
- (2) **FERRAJOLI, Luigi**. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Trotta, 2000, p. 147.
- (3) **MAIER, Júlio B.J.** *Derecho Procesal Penal. v. I. Fundamentos*. Editores del Puerto, 1999, p. 496.
- (4) **MALATESTA, Nicola Framarino**. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Conan, 1995, p. 19.
- (5) **LOPES JÚNIOR, Aury**. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. Lumen Juris, 2001, p. 119.
- (6) **LOPES JÚNIOR, Aury**. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. Lumen Juris, 2001, p. 120.
- (7) **CARNELUTTI, Francesco**. *Principios del Proceso Penal*. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 97.
- (8) Para **Boschi**, “como é dever do Estado proteger os direitos e as liberdades fundamentais e considerando, ainda, que a instauração do processo criminal gera aflições e constrangimentos de toda ordem ao imputado, segue-se que o válido desencadeamento da persecutio criminis pelo titular da pretensão punitiva (MP ou querelante) pressupõe que elementos de prova idôneos e legítimos apóiem a denúncia, queixa ou aditamento, de modo a evidenciar que a acusação não é absurda ou um capricho do acusador mas que, pelo contrário, reúne fidedignidade e veicula o interesse social na apuração do fato e na responsabilização de seu autor...as provas, ‘mesmo as provas precárias’, constituem, portanto, o objeto da justa causa, embora doutrinadores de renome a confundam com o próprio interesse de agir”. **BOSCHI, José Antônio Paganella**. *Ação Penal. Denúncia, Queixa e Aditamento*. AIDE, 2002, pp. 131/132.
- (9) **SCHMIDT, Andrei Zenkner**, mimeo.

Daniel Gerber

Advogado Criminalista, mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS, integrante do conselho permanente do ITEC (Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais) e professor nos cursos de especialização em Direito Penal e Processo Penal da Uniritter/RS e IDC/RS

PARTICIPEM DO BOLETIM

O **Boletim** está aberto à colaboração de todos para receber artigos a serem publicados e, também, decisões de primeira e segunda instâncias — que podem ser publicadas na íntegra ou resumidas, a critério da Coordenação do Boletim.

Os trabalhos enviados devem ser inéditos e conter, no máximo, **6.700** caracteres, contados os espaços. As demais regras para publicação encontram-se em nosso *site*, assim como podem ser obtidas no próprio Instituto, por telefone, e-mail ou pessoalmente.

Sugestões e críticas também são bem-vindas, uma vez que a colaboração dos associados é de suma importância para o aprimoramento do nosso **Boletim**.

A PRISÃO EM FLAGRANTE E AS CAUSAS EXCLUDENTES DA ANTIJURIDICIDADE

Eduardo Augusto Paglione

“[...] texto algum pode ser interpretado segundo a utopia de um sentido autorizado fixo, original e definitivo. A linguagem sempre diz algo mais do que seu inacessível sentido literal, o qual já se perdeu a partir do início da emissão textual”

(Umberto Eco, *Os Limites da Interpretação*).

1. Introdução

A autoridade policial⁽¹⁾, ao decidir sobre a prisão em flagrante de uma pessoa, sempre tem na lei os limites e a base de sua atuação. A legalidade é, todos sabemos, fundamento do Estado Democrático de Direito (SILVA, 1990, p. 107) e, assim, ela estabelece os contornos da atividade da autoridade policial.

Portanto, o objetivo de um delegado de polícia é realizar aquilo que a sociedade — por meio de seus representantes — estabeleceu como melhor para ela. E tal objetivo será, sempre, uma atitude justa e que garanta à população a segurança necessária, que é, antes de um “direito e responsabilidade de todos”, um “dever do Estado” (art. 144, CF *caput* — conferir). As atitudes de um delegado de polícia necessariamente devem ser amparadas neste objetivo: consecução de segurança pública.

A questão que vez ou outra suscita polêmica, no meio jurídico e também na imprensa, é se o delegado de polícia deve lavrar auto de prisão em flagrante e, se for o caso, mandar recolher à cela quem age em legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de um direito ou estrito cumprimento de dever legal. A dúvida prende-se, sobretudo, aos termos do art. 310, *caput*, do Código de Processo Penal, cuja interpretação isolada permite concluir que somente a autoridade judiciária⁽²⁾ é que pode analisar as causas excludentes da antijuridicidade.

2. A prisão em flagrante

Dentre um sem-número de conceitos que encontramos na doutrina a respeito da prisão em flagrante, um dos mais felizes — seja pela concisão, seja pela precisão — é o de **Borges da Rosa** para quem flagrante é a “certeza visual” do crime (1942, p. 233⁽³⁾). Assim, quando das narrativas que lhe são apresentadas (pelo condutor e testemunhas, além de, eventualmente, vítimas e conduzidos), a autoridade policial tiver a certeza da ocorrência de um crime — e, naturalmente, satisfeitos os requisitos temporais necessários — procederá à lavratura do auto de prisão em flagrante do apresentando (naturalmente, em se tratando de infração de menor potencial ofensivo, adotará as providências constantes do art. 69 da Lei

9.099/95 e, sendo crime de trânsito, deverá observar o disposto no art. 301 do CTB). Não havendo possibilidade de arbitramento da fiança, ou não sendo esta depositada, mandará recolher à prisão a pessoa que já pode ser denominada indiciado.

Apesar de haver quem argumente que há poder discricionário da autoridade policial em decidir pela autuação em flagrante, não encontramos essa possibilidade no ordenamento jurídico. Se presentes os requisitos que caracterizam o estado flagrancial, o auto deve ser lavrado, uma vez que não há norma legal que autorize o delegado de polícia a analisar eventual *conveniência e oportunidade* de se proceder à autuação. O Código de Processo Penal, em seu art. 304, *caput*, utiliza a forma imperativa do verbo e prevê a lavratura do auto, sem dar margem a discricionariedade. **Hélio Tornaghi** chega mesmo a afirmar que “a lavratura do auto é indeclinável desde que alguém tenha sido levado como preso em flagrante” (1987, p. 64), o que serviria para “aquilatar a responsabilidade de quem efetuou a prisão”, bem como “o acerto ou desacerto da autoridade policial” (*loc. cit.*). Na prática, entretanto, apenas são lavrados autos referentes às prisões em flagrantes que a autoridade policial considera legais. Com relação às demais conduções de presos, registra-se o fato por meio do boletim de ocorrência, documento criado pela Polícia Civil paulista e desconhecido do Código de Processo Penal (mas hoje já expressamente consignado em diploma federal, tal como o Estatuto da Criança e do Adolescente — Lei 8.069/90 — arts. 173, parágrafo único, 175, 176, 179).

Portanto, havendo situação de flagrância delitiva e a apresentação do preso — desde que esta não seja espontânea (art. 317, CPP) —, não pode a autoridade policial se furtar de lavrar o respectivo auto⁽⁴⁾.

3. As causas excludentes e o art. 310 do CPP

Segundo dispõe o art. 310 do Código de Processo Penal, se o juiz constatar pelo auto de prisão em flagrante que o indiciado agiu acobertado por excludente de ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de um direito — art. 23, CP) poderá conceder-lhe liberdade provisória. Ou seja, não relaxa ou revoga a prisão; apenas põe em liberdade o indiciado que poderá voltar a ser preso, caso não compareça aos atos processuais (art. 310, parte final do *caput*, CPP).

De acordo com esta norma, a análise da excludente não poderia ser feita pela autoridade policial, que deveria lavrar o

auto e remetê-lo à autoridade judiciária. Esta, após ouvido o órgão do Ministério Público, decidiria a respeito. Essa é a posição adotada, por exemplo, por **Borges da Rosa** (1942, p. 241).

Não é fácil encontrar jurisprudência a respeito⁽⁵⁾, o que pode sugerir que a questão é mais teórica que prática. Não é bem assim, todavia. Na realidade dos plantões policiais, muitos delegados de polícia já se depararam com problema semelhante e acabam tendo de decidir, por exemplo, se prendem em flagrante um pai de família que golpeou mortalmente um assaltante armado que invadiu sua casa; ou a vítima de estupro que consegue esganar seu violentador.

Quid juris? Como nos ensina o próprio Código de Processo Penal, suas normas estão sujeitas à “interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito” (art. 3º). E como deixou assentado **Carlos Maximiliano** (1991, pp. 33-39), nada cientificamente mais vazio que o brocado *in claris cessat interpretatio* — que sequer foi criado pelos romanos⁽⁶⁾.

Portanto, o art. 310, *caput*, em sua aparente clareza, merece ser interpretado de acordo não apenas com os elementos citados no art. 3º, mas também com os princípios de hermenêutica jurídica cujo socorro, uma vez invocado, nos traz uma outra norma do mesmo código.

4. O art. 304, § 1º do CPP

Inicialmente, para os que apreciam a análise geográfica dos artigos, é de se ressaltar que tanto o artigo 304 quanto o 310 encontram-se no mesmo Capítulo II (“Da Prisão em Flagrante”) do Título IX (“Da prisão e da liberdade provisória”) do Livro I (“Dos processos em geral”) do Código de Processo Penal.

Sem entrar no mérito das alterações operadas neste artigo pela Lei 11.113, de 2005, determina o *caput* do art. 304 que a autoridade, ao receber alguém preso em flagrante, deverá ouvir o condutor e testemunhas, lavrando-se o respectivo auto. O § 1º estabelece que deverá mandar recolher a pessoa apresentada à prisão (salvo na hipótese “de livrar-se solto ou de prestar fiança”) se resultar das respostas “fundada a suspeita contra o conduzido”. A segunda parte do parágrafo não oferece interesse ao presente estudo.

A leitura deste parágrafo há de ser feita considerando-se o requisito da “fundada suspeita contra o conduzido”. Ora, fundada suspeita do quê? Naturalmente, de haver praticado a infração penal pela qual foi conduzido à presença da autoridade policial. Em outras palavras, fundada sus-

➔ peita da prática de crime.

File-se o intérprete à teoria finalista ou à teoria clássica, não deixará de reconhecer a antijuridicidade como requisito (ou elemento) do crime. Ou seja, apenas será crime um fato que também for antijurídico. E não será antijurídico o fato se praticado, naturalmente, apoiado em normas jurídicas. Daí o art. 23 do Código Penal afirmar que *não há crime* quando o agente o pratica em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de um direito, uma vez que todas essas hipóteses são admitidas e descritas nesse mesmo código.

Assim, se restar evidente que o conduzido agiu acobertado por alguma das excludentes de antijuridicidade, não há como se afirmar a existência de fundada suspeita da prática de *crime*⁽⁷⁾. E se não há prática de crime, não pode haver a ordem para recolhimento à prisão (ou pagamento de fiança). É a interpretação que resulta da leitura do citado § 1º, do art. 304, do CPP.

No começo da década de 90 do século XX, em um trem do metrô da capital paulista, um homem, defendendo a si e à namorada que estavam sendo agredidos por uma terceira pessoa armada com uma espingarda, acabou por matar o agressor. Foi preso e recolhido à cadeia, onde permaneceu por 36 horas. Houve repercussão na imprensa leiga e especializada. Por isso, **Adriano Marrey** escreveu o artigo “Legítima defesa exclui possibilidade de prisão”, publicado na *Revista dos Tribunais* de 1991 (pp. 386-387) — que serve de inspiração ao presente artigo.

Argumenta o desembargador paulista que apenas se não houver “*o benefício de alguma excludente de ilicitude é que se justifica o recolhimento do conduzido* (CPP, art. 304, § 1º)”, apoiando-se, para tanto, no art. 23 do Código Penal e grifando a expressão “*não há crime*” do *caput*. Entende o jurista que, nesse caso, a autoridade policial deve “*relaxar a prisão*”, uma vez que “*não se pode entender legítima a manutenção em prisão de quem agiu em defesa própria, nos estritos termos autorizados pela lei, sem praticar nenhum crime*” (grifo do autor). O artigo é lapidado e conclui, mantendo o estilo:

“*Manter preso o cidadão que se comportou tal como a lei natural e a legislação penal autorizam, ao defender a própria vida ou a de outrem, pode definir-se como procedimento que desaprova a expectativa comum e constitui motivo de justa apreensão para quantos, habitando na grande cidade de vida tornada agressiva, possam eventualmente vir a ser alvo de violência, como a de início descrita*” (p. 387).

Portanto, se alguém age nos termos autorizados pela lei não pode a lei determinar sua prisão. A sociedade não aceita o recolhimento de quem age desta forma e nem pode conformar-se, pois é conduta

natural a defesa de injusta agressão.

5. Considerações finais

De acordo com a lição deixada por **Adriano Marrey** — infelizmente não tão divulgada quanto merece — o art. 304, § 1º, do Código de Processo Penal concede à autoridade policial o poder/dever de analisar juridicamente o fato que lhe é apresentado — afinal, é o primeiro agente do Estado que dá contornos jurídicos a um acontecimento — e decidir de acordo com seus conhecimentos.

Naturalmente, o delegado de polícia não deixará de lavrar o auto respectivo quando houver uma prisão em flagrante, pois o auto é o documento próprio para registrar esse fato. Deverá, entretanto, consignar no auto todas as circunstâncias relevantes para se demonstrar a “certeza visual” de que nos fala **Borges da Rosa** e se desta demonstração vier a certeza de que houve um fato típico porém não antijurídico, naturalmente não haverá como mandar recolher o conduzido à prisão. Caberá, então, à autoridade policial, em despacho fundamentado, demonstrar sua convicção e determinar a soltura do preso, sem a expedição de nota de culpa.

O auto de prisão em flagrante e as respectivas peças servirão, necessariamente, de instrução ao inquérito policial que deverá ser instaurado sobre o ocorrido.

Naturalmente, não ficando *visualmente* demonstrada a excludente, o preso será recolhido à prisão, dando-se início ao inquérito policial. Se no curso deste restar demonstrado que a ação não foi antijurídica, caberá à autoridade policial, com a maior brevidade possível, levar o fato ao conhecimento da autoridade judiciária, competente na fase posterior à prisão para decidir a respeito (art. 310, *caput*, CPP).

Essa posição é perfeitamente defensável pela melhor doutrina. **Câmara Leal** (1942, p. 244) ensina que “*se as provas forem falhas, não justificando fundada suspeita de culpabilidade, a autoridade depois da lavratura do auto de prisão em flagrante, fará por o preso em liberdade*”. **Basileu Garcia** (1945, p. 114), por sua vez, observa que “*nem sempre advirá, da captura em flagrante, a conservação da custódia*”, pois “*dos esclarecimentos colhidos pela autoridade*” pode não haver a “*fundada suspeita*”. Para este autor, “*é certo que no flagrante delito se espera haver prova segura da verificação de fato punível*” e, na ausência dela, deve “*a autoridade declarar insubsistente a prisão em flagrante e restituir à liberdade o paciente*” (*ibid.*).

Em **Espínola Filho** (1942, p. 292) encontramos posição no sentido de que, se não houver “*uma infração punível* [...] *a autoridade policial não deve manter uma prisão, que se não justifica e soltará o autuado*”. Entretanto, para este jurista, a autoridade

policial deverá encaminhar todas as peças à apreciação judicial “*salvo se achar mais prudente deixar também a determinação da soltura ao magistrado, a quem submeterá o caso, incontinenti*”. No caso das excludentes de antijuridicidade, afirma “*haver uma infração punível*” e entende que “*à autoridade autuante incumbe, então, o dever de provocar a imediata apreciação do caso pelo juiz competente*” que agirá nos termos do art. 310. Há, assim, para **Espínola Filho** “*infração punível*” mesmo que o autor tenha agido nas hipóteses do art. 23 do Código Penal e, aí, apenas à autoridade judiciária caberia o reconhecimento da excludente.

Assim, não obstante o formalismo de **Espínola Filho**, apoiados em **Câmara Leal** e **Basileu Garcia** é que temos na lição de **Adriano Marrey** o procedimento que melhor se afina à norma inserta no art. 304, § 1º, do Código de Processo Penal.

O delegado de polícia não apenas pode, mas deve, em caso de haver demonstração da excludente da antijuridicidade, pôr em liberdade quem lhe foi apresentado preso. Se esta evidenciar-se apenas no curso do inquérito, deverá comunicar à autoridade judiciária o apurado, a fim de que esta analise se é o caso de se conceder ao indiciado liberdade provisória.

O profissional do Direito não é um aplicador frio de normas estabelecidas. Aliás, as normas legais não podem ser vistas como comandos que permitam apenas uma única e definitiva leitura. O homem do Direito deve interpretar e aplicar o seu entendimento. Posições arrojadas podem, no início, despertar algumas críticas até mais contundentes. Mas se a posição for sólida e bem fundamentada, seu autor não deve esperar aplausos ou críticas, mas apenas a satisfação de que colaborou para que vivamos todos em um Estado Democrático de Direito, finalidade e dever de todo agente do Estado. ●

Referências Bibliográficas

- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo.** *Código de Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, v. III.
- FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui** (coordenadores). *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 3.
- GARCIA, Basileu.** *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1945, v. III.
- JESUS, Damásio E. de.** *Código de Processo Penal Anotado*. 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.
- LEAL, Antônio Luiz da Câmara.** *Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, v. II.
- MARREY, Adriano.** “Legítima defesa exclui possibilidade de prisão”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 80, v. 665, 386-387, março de 1991.
- MAXIMILIANO, Carlos.** *Heremênica e Aplicação do Direito*. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- NORONHA, E. Magalhães.** *Direito Penal*. 2ª ed., ➔

- ➔ São Paulo: Saraiva, 1963, v. 1.
- PRADO, Luiz Regis.** *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 1.
- ROSA, Inocencio Borges da.** *Processo Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1942, v. II.
- SILVA, José Afonso da.** *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- TORNAGHI, Hélio.** *Curso de Processo Penal*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1987, v. 2

Notas

- (1) E consideramos como tal o delegado de polícia, nos termos da dicção do Código de Processo Penal, o que sempre foi pacífico até que surgissem as interpretações extensivas embasadas no informalismo instituído pela Lei 9.099/95.
- (2) E aqui não se procurou ampliar o conceito, nem mesmo após a Lei 9.099/95, para além da figura do juiz de Direito, por mais competentes e preparadas que se julgarem outras carreiras.
- (3) Nas palavras do autor: “Prisão em flagrante é a que se efetua quando o crime ou delito ainda é

queimante, isto é, está sendo cometido, ou recém acabou de ser cometido, de modo que o fato se torna evidente pela certeza visual, que se tem do mesmo” (loc. cit.).

- (4) **Tornaghi** (1987, p. 62) chama a atenção para a impropriedade de se dizer que uma pessoa foi autuada em flagrante: “Em linguagem vulgar é costume falar em autuação do preso: ‘fulano foi autuado em flagrante’. Na verdade o que se autua, isto é, o que se reduz a auto, o que se documenta por escrito são os atos ocorridos durante a apresentação do indiciado autor do crime (conduzido) à autoridade”.
- (5) Tanto que o tema sequer é abordado no *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, coord. **Alberto Silva Franco e Rui Stoco** (2004, v. 3, pp. 204-433) ou no *Código de Processo Penal Anotado*, de **Damásio E. de Jesus** (2007, pp. 241-243 e 245-247).
- (6) Ao contrário, segundo aponta o autor, **Ulpiano**, em seu *Digesto* (liv. 25, tit. 4, frag. 1, § 11), estabelece que “*embora claríssimo o edito do pretor, contudo não se deve descurar da interpretação respectiva*” (**MAXIMILIANO**, 1991, p. 33).
- (7) **Noronha** (1963, p. 122) ensina que “será anti-

jurídico um fato definido na lei penal, sempre que não for protegido por causas de justificativas, também estabelecidas por ela”; portanto, repetindo a letra do então vigente art. 19 do Código Penal (atual art. 23), explica que “*não há crime por inexistir antijuridicidade*” (grifos do autor, loc. cit.), não se podendo deixar de reconhecer que “a antijuridicidade representa um juízo de valor em relação ao fato lesivo do bem jurídico” (ibid., p. 123). **Luiz Regis Prado** considera sinônimas as expressões “ilicitude” e “antijuridicidade”, afirmando que seu conceito compreende “a relação de contrariedade de um fato com todo o ordenamento jurídico (uno e indivisível), com o Direito positivo em seu conjunto” e, mais adiante, apoiado em **Welzel** e **Cerezo Mir**, conclui: “uma ação ou omissão típica será ilícita, salvo quando justificada” (2004, p. 363).

Eduardo Augusto Paglione

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

UTILITARISMO PENAL E VIOLAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS

Luciano Anderson de Souza e Maurício de Albuquerque Araújo Luyten

Nos últimos anos, os brasileiros têm assistido diversas grandiosas operações policiais — bastante divulgadas pela imprensa —, no mais das vezes acompanhadas da prisão cautelar de vários suspeitos de envolvimento com toda a sorte de delitos, bem como de apreensões a perder de vista.

Em um primeiro momento, passa-se a impressão de que nosso país finalmente está conseguindo acabar com a propalada impunidade e que os órgãos repressores ligados a tais operações ostentam completo rigor. O teor jornalístico atinente a estas operações, assim como a subsequente reação pública, beira o aplauso.

Todavia, por trás desta aparente “operação limpeza”, absolutamente envolta no sofisma da eficiência penal, o cidadão brasileiro está de fato vivenciando um momento de negação à liberdade e demais garantias conquistadas após longos anos de sofrimentos e privações. O que se agrava, em realidade, não é o esgarçamento das relações intersubjetivas — vale dizer, o foco não é a suposta banalização da criminalidade no tecido social —, mas sim a crise do Estado Democrático de Direito, o qual ora ostenta uma repressão criminal meramente simbólica, imbuída mais de cunho político e utilitarista do que de defesa do cidadão em face do Estado⁽¹⁾, uma de suas características basilares desde os mínimos contornos científicos que assumiu, com a Ilustração⁽²⁾.

Dessa maneira, gera-se um círculo vicioso no qual, partindo-se da falsa premis-

sa de que os Direitos Penal e Processual Penal têm aptidão para combater a criminalidade, criam-se novos tipos delitivos, agravam-se penas e suprimem-se garantias, gerando-se resultados inócuos, que, por sua vez, são compensados pelas mesmas medidas⁽³⁾.

É neste diapasão que se constata que as interceptações telefônicas, entre outras formas de colheita de provas, estão sendo utilizadas de maneira desenfreada e ao arrepio da lei. Não se autoriza a medida extrema para corroborar ou complementar uma investigação em curso e reveladora de feixe demonstrativo de violação da lei penal. Em verdade, utiliza-se de tal meio de obtenção de prova para se verificar possíveis delitos, face a real inexistência de coerentes, confiáveis e sólidos dados probatórios prévios no caso em concreto, o que é absurdo⁽⁴⁾.

Dessa forma, de fato se busca, por meio de tal atuação, muitas vezes lastreada em singela *notitia criminis* apócrifa (!), ou ainda em parcas provas, verificar-se se algum crime é ou foi cometido. A diferença é sutil, mas ostentadora de profundo abismo legal.

A Carta de 1988, em seu artigo 5º, inciso XII, estabelece uma sagrada regra: a inviolabilidade do sigilo das comunicações. Esta existe para proteger outros direitos e garantias fundamentais, igualmente previstos na Constituição, quais sejam, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Com o advento da Lei nº 9.296/96 — calcada na ressalva

constitucional —, foram estabelecidos os requisitos para a interceptação telefônica. Assim, exige-se (a *contrario sensu*, consoante a dicção do artigo 2º do diploma em foco), para a concessão da medida, que: haja indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal; a prova não possa ser obtida por outros meios disponíveis e o fato investigado constitua infração penal punida com reclusão.

Ora, não se deve olvidar da vetusta máxima — tão ignorada na prática — de que regra restritiva de liberdades humanas interpreta-se estritamente⁽⁵⁾, e à qual, especificamente *in casu*, vale repetir, acresce-se uma outra regra fundamental de cunho constitucional: a inviolabilidade comunicativa.

A lei em comento ainda determina a preservação do sigilo das diligências efetuadas, proibindo-se, destarte, sua divulgação. Tal seria despicando ressaltar em face da dicção constitucional supracitada, bem como do artigo 20 do Código de Processo Penal, mas o legislador quis ressaltar. Talvez ao leigo soe até espantoso em razão do quanto se verifica diariamente na imprensa...

Diante da realidade que se põe, podemos concluir, sem embargo, que tanto o mandamento constitucional quanto o legislativo ordinário estão sendo constante e profundamente desrespeitados pelos órgãos persecutórios criminais — envoltos no mais absoluto cunho emergencial — e, particularmente, pelo Poder Judiciário, o

qual, muitas vezes por ideologias individuais, conveniência ou mesmo falta de critérios, comumente autoriza intercepções telefônicas embora ausentes os requisitos legais, e negligencia-se diante de suas divulgações, isto é, ante o quadro constatado, não contém a perseguição-espetáculo que se delineia diuturnamente⁽⁶⁾.

O desrespeito é fomentado também pelos meios de comunicação de massa que, com postura sensacionalista travestida de liberdade de imprensa, divulgam cotidianamente em seus veículos trechos de intercepções telefônicas. Neste ponto, de *lege ferenda*, mister se faz a tipificação criteriosa do vazamento e divulgação das intercepções, tendo em vista que tal prática, além de eventualmente prejudicar investigações em curso, certamente viola um dos preceitos fundamentais da República, qual seja, a dignidade da pessoa humana, pois uma “condenação antecipada” efetuada pelos meios de comunicação jamais será de todo reparada à imagem do indivíduo.

O Poder Judiciário deve então com mais concretude cumprir o seu papel constitucional de defensor maior da legalidade e, de forma criteriosa, somente autorizar a realização de diligências dessa natureza quando estiverem presentes todos os requisitos legais. A polícia judi-

ciária, por sua vez, durante suas investigações, há de procurar obter provas por outros meios disponíveis e, somente no caso de não as conseguir, representar pela intercepção telefônica, atentando ainda aos limites legais quando de seu cumprimento. Atualmente, a regra é a violação, verdadeiro desvirtuamento sistêmico. Outrossim, comezinho nota-se o maior disparate ainda de as transcrições não serem fiéis e fruto de regular análise pericial, e sim meros apontamentos interpretativos de agentes policiais!

Em conclusão, renova-se a estupefação pela constatação de busca de combate a ilegalidades perpetrando-se outras, consolidando-se verdadeiro irracionalismo⁽⁷⁾. É inegável o intuito de paz social a que todos os profissionais do Direito devem perseguir, mas para tanto forçoso é o respeito ao contrato social, cuja melhor expressão foi assumida pelo engenho humano no Estado Democrático de Direito, o qual insculpe direitos e garantias fundamentais e, uma vez que não absolutos, regras estritas para seu manejo cerceador. ●

Notas

- (1) Cf., a respeito, **NAHUM, Marco Antonio Rodrigues**. “O retorno dos conceitos de periculosidade, e de inocuidade, como defesa da sociedade globalizada”. *Boletim IBCCRIM*.

- São Paulo, v. 13, nº 161, pp. 14-15, abr. 2006.
(2) V., dentre outros, **BUSTOS RAMÍREZ, Juan**. *Introducción al Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1994, pp. 95 e ss.
(3) Cf. **SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo**. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 83, e **SOUZA, Luciano Anderson de**. *Expansão do Direito Penal e Globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 22 e ss.
(4) Neste sentido, v. RT800/708.
(5) Por todos, v. **MAXIMILIANO, Carlos**. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 263.
(6) Sobre o papel do juiz frente a uma repressão criminal simbólica e deslegitimada — visto que ineficaz —, v. **QUEIROZ, Paulo de Souza**. *Do Caráter Subsidiário do Direito Penal: Lineamentos para um Direito Penal Mínimo*. Belo Horizonte: 2002, pp. 146-149.
(7) **FERRAJOLI, Luigi**. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. **Ana Paula Zomer et alli**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 276.

Luciano Anderson de Souza

Mestre em Direito Penal pela USP, coordenador-adjunto de cursos do IBCCRIM, professor coordenador do curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Penal da ESA/OAB-SP e advogado

Maurício de Albuquerque Araújo Luyten

Delegado de Polícia em São Paulo e especialista em Direito Penal pela ESMP/SP

Luciano Anderson de Souza e Maurício de Albuquerque A. Luyten

A POSSIBILIDADE DE FRAGMENTAÇÃO DA DECISÃO DE PRONÚNCIA

Hamilton da Cunha Iribure Júnior e Hermínio Alberto Marques Porto

A pronúncia é uma decisão judicial, afeta o procedimento do Tribunal do Júri, através da qual o magistrado declara a viabilidade da acusação porque se convenceu da existência do crime (materialidade) e também dos indícios de que o acusado seja o seu autor. Em destaque inicial coteja-se com o professor **Helvécio Gusmão**, o qual assevera que a pronúncia é “a decisão declaratória de se achar o acusado incurso na sanção penal cuja prática lhe é imputada [...]”⁽¹⁾.

Destarte a pronúncia é entendida como uma decisão interlocutória que apresenta nítidos efeitos preclusivos de natureza processual, por via do sentido de impulso que proporciona ao procedimento que culminará no julgamento do acusado no Plenário do Júri (fase do *iudicium causae*). É ela uma divisora do sistema bifásico adotado no procedimento do Tribunal do Júri no Brasil (*iudicium accusationis* e *iudicium causae*), encerrando a instrução criminal e inaugurando a fase do Plenário.

Como qualquer decisão judicial e aten-

dendo principalmente ao comando maior encartado no artigo 93, IX da Constituição da República de 1988, deve ser fundamentada. Isso porque não é tolerável que o magistrado restrinja o conteúdo decisório a motivos de ordem íntima, além do que a sociedade, maior interessada na perseguição criminal, deve ter ciência das razões que serviram de assaio para que o magistrado indique alguém ao julgamento em Plenário. Também deve ser ressaltado que o controle que deve ser exercido pelo próprio Poder Judiciário impõe a fundamentação quanto à admissibilidade da acusação.

O legislador brasileiro fez incidir no corpo do artigo 157 do Código de Processo Penal um sistema que deve ser usado quando da formação do convencimento do magistrado por ocasião da prolação de decisões judiciais. Por tal sistema, obriga-se que o conteúdo decisório seja fundamentado de modo objetivo, claro e preciso. Perceba-se que o sistema é inflexível, isto é, não tolera qualquer conteúdo

decisório que não tenha antes sido motivado, esclarecido juridicamente pelo magistrado prolator da decisão. Com isso procura o estatuto processual combater casuísmos, exageros e injustiças quanto à possibilidade de haver decisão imotivada. Trata-se de uma segurança para a sociedade e também para o acusado ao revelar as razões de fato e jurídicas sobre a admissibilidade da acusação estatal.

O corolário desse raciocínio e ponto central do debate é entender sobre a possibilidade da fragmentação da decisão de pronúncia tendo por base seu conteúdo. Coteja-se, inicialmente, que um dos aspectos da “fragmentariedade” é o de permitir o reparo de somente parte da decisão. Uma das características do silogismo jurídico é o de haver uma substancial conexão entre as porções de uma estrutura decisória, permitindo-se a estreita correlação entre as mesmas (correlação interna). Assim, fundamentação e conteúdo decisório (dispositivo) devem manter um nexo lógico entre si, sob pena de incidir vício de

Hamilton da C. Iribure Jr. e Hermínio A.M. Porto

➔ substância no ato jurisdicional.

Para que seja possível visualizar a fragmentariedade da decisão de pronúncia, urge que seja verificada a natureza dos pedidos que são formulados na acusação, mormente quando da incidência de circunstâncias qualificadoras, estas que são circunstâncias legais especiais do crime, residindo na Parte Especial do Código Penal brasileiro. Tais circunstâncias integram legalmente o tipo penal incriminador, modificando os limites permitidos para a fixação da pena em valores maiores aos considerados para o mesmo tipo penal sem a circunstância.

Portanto, no caso da incidência de pelo menos uma circunstância qualificadora na imputação criminal, o órgão prolator da decisão de pronúncia deve analisar a denúncia quanto à plausibilidade de haver um juízo de imputação determinante de uma conduta típica, antijurídica e culpável, bem como avaliar o reconhecimento da própria circunstância qualificadora. Esses são os dois eixos que devem ser enfrentados pelo magistrado na confecção da pronúncia em crimes qualificados.

O dever de realizar a fundamentação de cada uma das circunstâncias qualificadoras incidentes na peça acusatória é corolário lógico do juízo de convencimento que representa a certeza de uma decisão sem lacunas lógicas que possam interferir na estrutura do ato jurisdicional. Tal se deve para evitar que haja a pronúncia em uma ou mais circunstâncias qualificadoras que não estejam devidamente enfrentadas pela análise do magistrado, embaraçando a ampla defesa constitucional e reduzindo o princípio da segurança jurídica quando das decisões judiciais.

No âmbito da decisão de pronúncia deve ser ressaltado que há limites para que o magistrado exerça o seu juízo de fundamentação no que diz respeito ao conjunto probatório apresentado e, principalmente, às circunstâncias qualificadoras que incidam no tipo incriminador. É a obrigatoriedade da exposição da justa causa para a admissibilidade da acusação. Isso porque, como a decisão de pronúncia é simplesmente um juízo de admissibilidade que analisa indícios de autoria, qualquer fundamentação excessiva pode invadir a competência constitucional estabelecida para que os jurados avaliem o conjunto probatório e formem a sua convicção no Plenário do Júri (artigo 5º, XXXVIII, *d*, Constituição da República de 1988).

A árdua missão do magistrado quando da elaboração da decisão de pronúncia, então, deve residir na análise dos fundamentos que servem para a formação do seu convencimento quanto ao encaminhamento do acusado para o julgamento em Plenário do Júri e também da motivação mínima adequada do conjunto das provas apresentadas quando da fase da instrução criminal. Se houver circunstância qualificadora do tipo incriminador, tal também deve ser minimamente analisada, sob pena de criar-se uma lacuna indesejável na estrutura lógica da referida decisão.

Entendida a natureza jurídica da decisão de pronúncia, mister se faz analisar a possibilidade de emenda desta decisão, notadamente quando

não há fundamentação adequada quanto às circunstâncias qualificadoras do crime que é atribuído ao acusado. O magistrado não explicita os indícios suficientes que configuram a circunstância qualificadora descrita na denúncia e, por tal razão, não pode sobreviver esse ato jurisdicional sem que o juízo prolator dessa decisão emende-a. Essa é a denominada característica de fragmentação da decisão de pronúncia.

Considerando a decisão de pronúncia no plano formal, atesta-se sua característica de ato jurisdicional único, vez que o magistrado emite-a num único ato, tornando-a preparada para publicação. No plano substancial, no entanto, a decisão de pronúncia deve ser vista em dois patamares distintos. Um, referente ao juízo que deve ser elaborado pelo magistrado quanto ao seu convencimento sobre a autoria do fato imputado na denúncia. Outro, no que tange à existência ou não de circunstâncias que qualificam o crime. Asseveram-se, portanto, duas fases distintas de atuação jurisdicional frente à elaboração da pronúncia.

Aplicando ao raciocínio acima a incidência obrigatória do princípio da motivação das decisões judiciais, tem-se por imperativo que a ausência de fundamentação pode atingir a decisão de pronúncia como um todo ou somente no que diz respeito ao acatamento das circunstâncias qualificadoras. Percebendo-se que a ausência de motivação ocorre somente na porção relativa às circunstâncias qualificadoras trazidas pela denúncia, esta deve ser retificada, vez que incide vício substancial inibidor da produção de efeitos pelo ato jurisdicional. Quanto à outra porção (autoria do fato imputado), se tiver sido adequadamente motivada permanece intacta.

Vislumbrar a possibilidade de reparo parcial da decisão de pronúncia, no que tange à motivação das circunstâncias qualificadoras encampadas pela inicial acusatória, é admitir a existência do seu aspecto fragmentário, este que ganha aceitação tanto em doutrina quanto em jurisprudência pátria. Defende-se, em sede final, amplamente a possibilidade de corrigir a decisão de pronúncia na porção em que há ausência de fundamentação (ou fundamentação deficiente), preservando os efeitos jurídicos nas demais partes não retocadas. (1)

Nota

- (1) **GUSMÃO, Helvécio.** *Código de Processo Penal do Distrito Federal Anotado*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1933, p. 324.

Hamilton da Cunha Iribure Júnior

Mestre e doutorando em Direito Processual Penal pela PUC/SP, advogado e professor-assistente de Direito Processual Penal PUC/SP

Hermínio Alberto Marques Porto

Doutor e professor titular de Direito Processual Penal pela PUC/SP, advogado e procurador de Justiça aposentado do Ministério Público/SP

Hamilton da Cunha Iribure Júnior e Hermínio Alberto Marques Porto

Entidades que assinam o Boletim:

■ AMAZONAS

- Ministério Público do Amazonas

■ CEARÁ

- Associação Cearense de Magistrados
- Associação Cearense do Ministério Público

■ DISTRITO FEDERAL

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

■ GOIÁS

- Associação dos Magistrados do Estado de Goiás - Asmego

■ MATO GROSSO DO SUL

- Associação dos 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

■ PARÁ

- Associação do Ministério Público do Estado do Pará

■ PARANÁ

- Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná

■ RIO GRANDE DO SUL

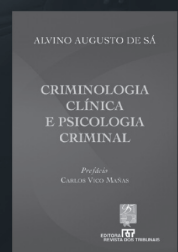
- Associação dos Delegados de Polícia do Rio Grande do Sul - ASDEP/RS

■ SÃO PAULO

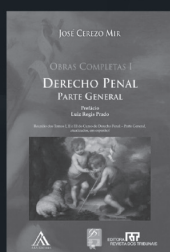
- Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo - ADPESP
- Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal - Rg. SP - ADPF
- Associação Paulista de Magistrados - Apamagis
- Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/SP

ACOMPANHAR TODA A EVOLUÇÃO DO CONHECIMENTO JURÍDICO É FÁCIL. É SÓ ACOMPANHAR OS LANÇAMENTOS DA EDITORA RT.

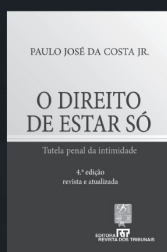
Editora RT. 95 anos levados a sério. São 95 anos gerando conteúdo atualizado e de qualidade para a formação e informação de profissionais e estudantes da área jurídica.



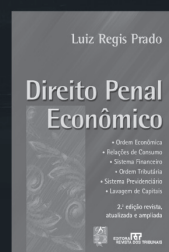
208 páginas - R\$ 39,00



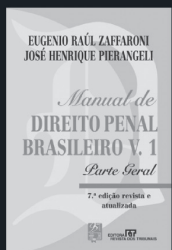
1.206 páginas - R\$ 198,00



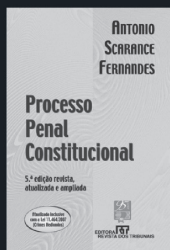
128 páginas - R\$ 26,00



432 páginas - R\$ 89,00



766 páginas - R\$ 134,00



416 páginas - R\$ 74,00



EDITORA
REVISTA DOS TRIBUNAIS
WWW.RT.COM.BR

Preços sugeridos para setembro de 2007.