

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

IBCCRIM

Índice

EDITORIAL:

A ÉTICA E A CORRUPÇÃO NA VIDA PÚBLICA

Mais uma vez a sociedade está às voltas com a chamada “questão moral”; mais uma vez ela se vê frente ao angustiante desafio da depuração, no âmbito das instituições governamentais, de políticos incapazes de honrar o mandato popular e de juízes indignos da toga. Mudam-se os argumentos, mas as práticas corruptas e corruptoras continuam as mesmas.

Esse é o triste retrato da política brasileira, onde o fosso entre o discurso e as práticas de muitos de seus protagonistas é marcado pela hipocrisia contumaz, pela compulsão à mentira e pela desfaçatez atávica. Ao longo da história, muito já se falou a respeito da ética na vida pública; muito já se escreveu sobre formas e ações moralmente corrompidas de representação da vontade popular; e muito se discutiu se a desonestidade política seria um problema universal e se todos os cidadãos — sejam eles representados ou representantes — seriam essencialmente corrompidos em potencial.

Apesar disso, vários dirigentes governamentais, parlamentares e até magistrados não aprenderam a lição. Alguns confundem notoriedade pública com legitimidade. Outros se esquecem de que reputação e credibilidade não são obtidas por meio de rompantes verbais ou poses ensaiadas sob olhares atentos de especialistas em marketing, mas são conquistadas, isto sim, a partir de ações em favor do bem comum e iniciativas voltadas à consecução da justiça social, da convivência cívica e dos interesses maiores da Nação.

Desonestidade dos políticos ou algo ainda mais grave — a falência da moralidade pública? Na realidade, não são apenas a desvergonha e o cinismo que causam repulsa. Também causa indignação a continuidade dos fatores que permitem a esse tipo de gente florescer no lodo da corrupção — fatores que tornam endêmicos os abusos e aproveitamentos na gestão do Estado brasileiro. Uso acintoso da máquina governamental em proveito próprio, falta de transparência no controle dos partidos políticos e graves distorções federativas, que dão sobreponder a Estados pouco populosos e com isso asseguram uma sobriedimensão apolítica de província, consti-

tuem alguns desses fatores. Conversão de mandatos eletivos em passaporte para negociatas e impunidade, ao lado do uso abusivo de prerrogativas constituem outros fatores não menos importantes.

Acima de tudo, as distorções morais, políticas e organizacionais de um país cujas instituições foram construídas com base na concessão de benesses, na troca de favores, no cartorialismo e no patrimonialismo, desde seus primórdios, enfraqueceram a consolidação de princípios elementares, como o da responsabilidade moral no exercício de funções públicas; abriram caminho para uma cultura de inescrupulosidade no uso do dinheiro dos contribuintes; levaram à ausência de restrições éticas nas relações entre o público e o privado — em suma, tornaram natural ou trivializaram o recurso sistemático aos mais variados expedientes para travestir ilícitos funcionais e negócios privados como sendo de “interesse público”.

Alimentando-se reciprocamente, essas distorções abriram um vasto campo para embusteiros que constroem famas e fortunas sobre o esforço da sociedade, sobre o trabalho da coletividade, iludindo-a com uma retórica pseudo-justiceira e com promessas vãs. Para mudar esse quadro secular, acima de tudo, é necessária uma mobilização social que, na visão do IBCCRIM, vá muito além da expulsão de certos atores da vida pública e da aprovação de mudanças legais pontuais em matéria de direito penal e administrativo; uma mobilização capaz de exigir um redirecionamento cultural e ético da classe política, uma reforma moral das agremiações partidárias e a criação de mecanismos institucionais que permitam uma renovação efetiva e constante dos quadros legislativos.

Esse é o desafio que a sociedade hoje tem pela frente — mobilizar-se para tentar pôr fim a uma “corrupção sistêmica” que prostitui a vida pública, corrói a legitimidade da representação popular e dissemina o desprezo da coletividade com relação a todos os agentes públicos, sem distinção, com todos os riscos que isso possa representar para o regime democrático e para o Estado de Direito, em termos de aragem de campo fértil para vocações autoritárias. ●

Editorial

EDITORIAL:

A ÉTICA E A CORRUPÇÃO NA VIDA PÚBLICA 1

A LEI DE DROGAS E O CRIME DE TRÁFICO
Sérgio Salomão Shecaira e Pedro Luiz Bueno de Andrade 2

O ERRO SOBRE A PUNIBILIDADE
Walter Barbosa Bittar 4

O CONTRA-ATAQUE GARANTISTA À GLOBALIZAÇÃO
Ivan Luís Marques da Silva 6

A TEORIA CRIMINOLÓGICA DO LABELING APPROACH
Fernanda Carolina de Araujo 8

ADMIRÁVEL MUNDO NOVO? EMBRIÕES HUMANOS, TERAPIA GENÉTICA E DIREITO PENAL
Ana Elisa Liberatore S. Bechara 9

A COMUNICABILIDADE DE INSTÂNCIAS NOS CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL
Alexandre Magno Fernandes Moreira Aguiar 11

SIGILO INTERNO E EXTERNO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL
Danielle Souza de Andrade e Silva 12

PRONÚNCIA - IN DUBIO PRO SOCIETATE
José Roberto Antonini 13

CABIMENTO DE PERÍCIA EM SEDE DE JUSTIFICAÇÃO PRÉVIA DE NATUREZA CRIMINAL
Leônidas Ribeiro Scholz e Andre Pires de Andrade Kehdi 15

UM NOVO REQUISITO PARA A LIBERDADE?
Fabiana Pinheiro Freire Ferreira, Filipe Henrique Vergniano Magliarelli, Hugo Leonardo, Irineu João Simonetti Filho e Otávio Dias de Souza Ferreira 17

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE: SISTEMA ACUSATÓRIO NA OBRA DE PIMENTA BUENO: UM NECESSÁRIO RESGATE
Rodrigo Mariano da Rocha 18

Caderno de Jurisprudência
DIREITO POR QUEM O FAZ: INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. TRANSCRIÇÃO DO INTEIRO TEOR DAS GRAVAÇÕES E PERÍCIA DE VOZ. NECESSIDADE PARA COMPROVAÇÃO DE AUTENTICIDADE E AUTORIA DOS DIÁLOGOS 1105

EMENTAS:
Supremo Tribunal Federal 1105

Superior Tribunal de Justiça 1106

Tribunais Regionais Federais 1107

Tribunais de Justiça 1110

Muito já se escreveu sobre a atual lei de drogas (Lei nº 11.343/2006), que entrou em vigor em outubro do ano passado. No *Boletim do IBCCRIM* nº 167, de outubro de 2006, Rogério F. Taffarello, Cristiano Ávila Maronna, Maria Lucia Karam e Luciana Boiteux analisaram-na sob diversas perspectivas, fazendo críticas incisivas ao novo diploma legal. Nos meses subseqüentes, novas abordagens foram feitas, desta vez enveredando pela análise dogmática de alguns de seus artigos (vide *Boletins* 168 a 170). Mais recentemente, no *Boletim* 175, de junho/07, Vinícius de Toledo Piza Peluso e Plínio Antônio Britto Gentil comentaram a aplicação retroativa do art. 33, § 4º aos crimes cometidos sob a égide da lei anterior. O próprio Supremo Tribunal Federal (*Boletim* 175, p. 1.089/90), em acórdão da lavra do ministro Sepúlveda Pertence, entendeu não ter havido *abolitio criminis* na hipótese do art. 28 da nova lei (j. em 13/02/07, v.u.), decidindo a polêmica existente na doutrina que se debruçou sobre o assunto⁽¹⁾.

Muitos aspectos, portanto, já foram analisados, sob diferentes perspectivas. No entanto, não vimos qualquer discussão acerca do art. 33 da Lei nº 11.343/06, que deu nova redação ao antigo art. 12 da Lei de Entorpecentes, criando novas definições jurídicas para algumas condutas.

A Constituição de 1988, em seu art. 5º, inciso XLIII, estabeleceu que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Assim, a conduta definida como *tráfico de drogas* acabou por ser equiparada aos crimes hediondos, sendo alcançada pelas sucessivas leis que abordaram o assunto a partir da Lei nº 8.072/90. Ao traficante, como também ao autor de crimes hediondos, negou-se a progressão de regime (questão posteriormente alterada por decisão do STF — que entendeu tal dispositivo inconstitucional —, afinal modificada pela Lei nº 11.464/07), dificultou-se a concessão de livramento condicional, bem como aplicaram-se outras medidas que receberam a crítica quase unânime da doutrina.

Quando do advento da Lei de Crimes Hediondos, estava vigendo a Lei nº 6.368/76, que disciplinava a conduta do *tráfico de entorpecentes* em seu art. 12. Muito embora não tivesse a rubrica lateral *tráfico*, sabia-se que aquele artigo descrevia tal conduta, além de trazer figuras equipa-

radas a esse crime nos seus parágrafos e incisos. Pouca polêmica gerou o assunto à época, embora não tenha passado despercebido pela doutrina. É assim que Miguel Reale Jr., em parecer de sua lavra, reproduzido em obra intitulada *Direito Penal Aplicado*, vol. 2, asseverou que nem todas as situações previstas no antigo art. 12 deveriam merecer a dureza da Lei dos Crimes Hediondos, uma vez que a expressão *tráfico* significa apenas comércio clandestino⁽²⁾. Da mesma forma manifestou-se Alberto Zacharias Toron, ao sugerir a mitigação das cláusulas restritivas impostas pela Lei nº 8.072/90, em especial para a hipótese do jovem que, gratuitamente, fornecesse pequena quantidade de droga para que um amigo dela viesse fazer uso⁽³⁾. No final de 1998, com o advento da Lei nº 9.714/98, que ampliou o leque de penas alternativas, alargando seu alcance para as reprimendas não superiores a 4 anos — com a alteração dos arts. 43 e seguintes do CP —, a questão volta a ser discutida. É que, novamente, pensou-se na possibilidade de um jovem — não traficante — que, ao ceder gratuitamente um único cigarro de maconha para um amigo, viesse a ser processado por *tráfico*, não podendo obter a substituição de sua pena privativa de liberdade (a mínima era de 3 anos) por uma alternativa qualquer⁽⁴⁾. Não obstante tais manifestações doutrinárias, a jurisprudência foi mais restritiva, somente acolhendo tal pensamento em casos isolados.

A questão, agora, ganha nova dimensão ante as modificações introduzidas pela Lei nº 11.343/06, especialmente em decorrência dos novos parágrafos introduzidos ao art. 33 (dispositivo que sucedeu o revogado art. 12 da Lei nº 6.368/76). Nunca é demais lembrar ser desaconselhável a escrita de um tipo proibitivo sem a existência de *nomen juris*, o que se verifica em ambos os dispositivos, no atual e no revogado. Vicente Grego Filho e João Daniel Rassi observam que não foram identificadas as rubricas marginais das infrações definidas pela nova lei, “*circunstância de importância secundária, mas que tem, às vezes, auxiliado na interpretação dos textos*”⁽⁵⁾.

O problema, aqui, ganha relevo, porquanto não se sabe, por exemplo, se o legislador quis (ou não) imputar aos parágrafos 2º e 3º a condição de crimes equiparados a hediondos. Note-se que tais dispositivos são inovações da Lei nº 11.343/06. Em aperfeiçoamento ao sistema então vigente, distinguiu-se, no primeiro caso, a figura daquele que “*induz, instiga ou auxilia alguém ao uso indevido*

de droga”, com estabelecimento de uma pena significativamente inferior à daquele que pratica uma das condutas descritas no *caput* e no parágrafo primeiro do art. 33. Se aqui a pena é de 5 a 15 anos de reclusão, além da multa, lá a pena é de detenção de 1 a 3 anos e multa, consideravelmente menor. Já no parágrafo 3º, criou-se uma nova figura, para equacionar a situação daquele que oferece “*droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem*”, cominando pena ainda mais diminuída: detenção de 6 meses a 1 ano e multa.

Pois bem, em face da inexistência do *nomen juris* identificando o que venha a ser *tráfico*, poderiam tais condutas, descritas nos parágrafos 2º e 3º, vir a ser interpretadas como equiparadas a crimes hediondos, com as consequências advindas dessa interpretação? Parece evidente que a resposta deve ser negativa.

Nunca é demais lembrar o significado da palavra *tráfico* de drogas. “*A área de significado da palavra tráfico está vinculada às idéias de comércio, mercancia, trato mercantil, negócio e ainda de negócio fraudulento, indecoroso*”⁽⁶⁾. Ao longo dos séculos, foi a expressão utilizada para designar o comércio de escravos — tráfico negreiro —, de mulheres (destinadas à prostituição) e de outros comércios indecorosos e atentatórios à dignidade dos seres humanos. Assim, só por tal razão, já seria inadmissível pensarmos em atribuir a condição de hediondez à conduta daquele que compartilha um único cigarro de maconha, hipótese que se subsume, hoje, claramente, ao art. 33, § 3º da Lei de Drogas, mas que não se reveste da gravidade que se atribui à palavra *tráfico*. Seria ridículo pensar em atribuir a um crime, cuja pena é de 6 meses a 1 ano, considerado de menor potencial ofensivo, a condição de *hediondo*. O mesmo raciocínio se aplica ao parágrafo 2º do art. 33, que permite, ao menos em tese, a aplicação da suspensão condicional do processo, prevista na Lei dos Juizados Especiais Criminais (art. 89).

Vale dizer: não se tendo o *nomen juris tráfico* na rubrica lateral do art. 33 do novo diploma de drogas, e sabendo-se que algumas das condutas descritas no artigo claramente não carregam o ônus do gravame atribuído ao tráfico pela Constituição Federal e pela Lei de Crimes Hediondos, deve-se examinar, caso a caso, quais verbos do tipo proibitivo se subsumem à idéia da mercancia fraudulenta, do comércio, com intermedia-

ção por alguém para que o destinatário final da droga possa adquiri-la mediante contraprestação pecuniária. Assim, às condutas do art. 33 só poderá ser atribuído o gravame de equiparação a crime hediondo caso sejam identificadas com o tráfico. O próprio delito de “associação para o tráfico” (art. 14 da antiga lei e 35 da atual) não carregava, como não carrega, a pecha de hediondo, conforme jurisprudência dos Tribunais Superiores, bem como de julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo⁽⁷⁾. Dessa forma, em se interpretando restritivamente, como de resto deve ser interpretado na esfera penal o gravame punitivo, não se pode — automaticamente — inferir que qualquer conduta do art. 33 seja gravada com o ônus da hediondez e seus consectários legais. Apenas a título exemplificativo, o viciado em drogas que não tem dinheiro momentaneamente para adquiri-las, que venha a ceder seu veículo para um traficante comprá-las, mediante pagamento de “comissão” em espécie pela utilização do carro, embora possa ser condenado a cinco anos de reclusão, como estabelece a Lei nº 11.343/06, não poderá arcar com as restrições determinadas pela Lei nº 8.072/90 (progressão com 2/5 da pena e livramento com 2/3, nos termos da Lei nº 11.464/07), por não estar alcançado pela idéia do *tráfico de drogas*.

Pondere-se, por fim, que a própria legislação vigente recomenda, em algumas hipóteses e circunstâncias, a adoção de penas mitigadas (art. 33, § 4º, c/c art. 42), por entender desnecessária a pena do *caput* do art. 33 nas hipóteses em que não se reconheça no agente do delito a condição de *traficante contumaz*, mas de mero “passador” eventual. Se assim é, por que persistir a condição de hediondez também nessas hipóteses? Demais disso, não se reconhecendo em algumas figuras do art. 33 da Lei de Drogas a condição de crime

hediondo, não estariam submetidos tais fatos ao restritivo mecanismo de submeter o autor do crime ao regime obrigatório fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, conforme determinação do art. 1º da Lei nº 11.464/07. Poderia estar tal pena em consonância com as normas gerais previstas no art. 33 do Código Penal, sem os agravamentos dos delitos hediondos ou a ele equiparados. ●

Notas

- (1) GOMES, Luiz Flávio *et alli*. *Nova Lei de Drogas Comentada*. São Paulo: RT, 2006, pp. 118 e seguintes, afirmando a descriminalização da posse. Em sentido contrário, GRECO Fº, Vicente & RASSI, João Daniel. *Lei de Drogas Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 43/4. No *Boletim do IBCCRIM* nº 169 merecem destaque os trabalhos de Reinaldo Daniel Moreira e João José Leal.
- (2) São Paulo, RT., 1992, pp. 32 e seguintes.
- (3) *Crimes Hediondos: O Mito da Repressão Penal*. São Paulo: RT, 1996, pp. 98/9.
- (4) SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Penas Restritivas de Direitos*. São Paulo: RT, 1999, p. 224.
- (5) *Op. cit.*, p. 79.
- (6) FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*, 4ª ed., São Paulo: RT, 2000, p. 131.
- (7) O STJ, bem como o STF, tem precedentes que entendem não se aplicar a condição de crime hediondo àquele que cometa exclusivamente o delito do art. 14 (atual 35) da Lei de Drogas. Veja-se, por exemplo, a decisão proferida no HC 44.829-SP, rel. min. Félix Fischer, 5ª T., julgado em 20/9/2005, por votação unânime. Da mesma forma, decidiu o TJ-SP, em Apelação Criminal nº 826.316-3/6, relatado por Márcio Bártoli, decisão proferida em 26/1/2006, v.u.

Sérgio Salomão Shecaira

Ex-presidente do IBCCRIM, professor associado de Direito Penal da USP e advogado criminal

Pedro Luiz Bueno de Andrade
Advogado criminal

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

Mais informações e Inscrições Gratuitas através do email:

tributoprof.pitombo@policiacivil.sp.gov.br

Presenças confirmadas: Alberto Silva Franco, André Dahmer, Antonio Scarance Fernandes, Antônio Sérgio Pitombo, Benedito Roberto Garcia Pozzer, 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 e Maurício Zanoide de Moraes, entre outros.



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 Sinhorotto

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

A questão do erro jurídico-penal é tradicionalmente abordada pela doutrina, de uma forma geral, atrelada às questões legais e dogmáticas oriundas das hipóteses de erro que viciam a vontade — ou seja, que desvirtuam a conduta, causando uma falsa percepção da realidade — que incidem, basicamente, sobre os elementos estruturais do delito (erro de tipo) e sobre a ilicitude da ação (erro de proibição). É possível, ainda, afirmar que a doutrina sobre o erro de proibição é relativamente moderna⁽¹⁾, não havendo uma unidade sólida de critérios sobre se esta forma de erro deva excluir o dolo ou somente deva afetar a culpabilidade. Em que pese a discussão sobre a inexistência de um sistema de erro homogêneo, de uma forma geral a doutrina destinou pouca atenção às hipóteses de erro sobre a punibilidade, sustentando, em regra, que tal modalidade de erro seria irrelevante, pois o tipo, a ilicitude e a culpabilidade já estariam plenamente caracterizados, e o agente, em tais casos, já teria consciência de que sua conduta era típica e antijurídica.

Claus Roxin⁽²⁾ assevera que o reconhecimento da existência de pressupostos diante do injusto culpável — no caso de uma crença errônea de que falta uma condição objetiva de punibilidade, ou que concorra uma causa pessoal de exclusão da pena — não pode caracterizar relevância penal, justamente por não afetar a culpabilidade e a responsabilidade do autor. Entretanto, uma análise mais acurada do problema comporta situações inusitadas, ou no mínimo, desconcertantes.

Cabe desde logo destacar que, em especial na legislação pertinente aos crimes contra a ordem econômica, é cada vez mais comum a proposta legislativa de aumentar a utilização de normas penais extintivas de punibilidade ou de liberação de pena (pagamento do tributo, delação premiada, imunidades, anistia etc.), atreladas a objetivos, em princípio, político-criminais (ressalvas às hipóteses da utilização sob fundamento diverso como, por exemplo, as razões de oportunidade, utilidade e conveniência do legislador), focados na limitação das consequências jurídicas do crime e que ignoram toda a estrutura da teoria do delito.

Esta realidade legislativa não se trata, porém, de uma novidade para as ciências penais, pois Von Liszt, ao criar a política criminal como disciplina científica, permitiu uma série de institutos

alternativos, concernentes a diminuir os tão criticados efeitos prejudiciais das sanções penais. Contudo, via transversa, não criou (ou permitiu) uma orientação definida, fazendo que ante determinada reivindicação social prerrogativas limitadoras da punibilidade cumprissem um ciclo de privilégios e recrudescimentos para uma mesma modalidade delitiva, estranhas à dogmática tradicional e completamente dissociados dos fins da pena.

Contudo, em que pese a enorme divergência doutrinária quanto ao complexo tema das causas excludentes de punibilidade, resta observar que sua característica fundamental de restringir a responsabilidade criminal deixa claro que não interessa ao legislador a punição de determinadas condutas praticadas pelo agente. Isso por se atrelar uma sanção à ocorrência de uma circunstância estranha ao injusto culpável, ou a ocorrência de consequências bastante específicas (que teriam relevância para a valorização político-criminal de determinadas condutas em um primeiro momento, sem qualquer relevância quanto às hipóteses de erro), já que estas, em regra, seriam estranhas àquelas causas excludentes de punibilidade e, portanto, não afetariam o injusto culpável. Mas a não consideração do erro em determinadas hipóteses, em que concorra uma causa pessoal de exclusão da pena (tradicionalmente tratadas como escusas absolutórias⁽³⁾) deve ser vista com reservas, pois o caso concreto pode trazer algumas questões complexas para aqueles que se opõem à impossibilidade da admissão do erro jurídico-penal sobre determinadas causas de exclusão da pena.

O cerne da questão é que não se pode simplesmente ignorar a possibilidade de um erro *sui generis*⁽⁴⁾ apenas ante a inexistência de sua previsão legal, quando se admite que a aplicação de pena é restringida, mesmo face ao injusto culpável, por certas exigências

político-criminais de punibilidade, impondo limites de caráter utilitário à ameaça penal, que podem não se achar satisfeitos quando o agente erra acerca do caráter efetivamente punível de seu comportamento — o que não pode justificar a sua punição, porque afeta “ao princípio segundo o qual somente é justificável a pena que aparece político-criminalmente como iniludível”⁽⁵⁾.

Com o crescente uso de limitadores de punibilidade estranhos ao injusto culpável, utilizados sem um mínimo de critério, não se pode simplesmente rechaçar a possibilidade da incidência do erro sobre determinadas situações que, certamente, não encontrarão resposta adequada nem na legislação, tampouco na teoria do delito.

Um exemplo simples que pode ser estendido aos casos mais complexos pode ser observado

na hipotética situação do filho ou cônjuge que se apropria ilegitimamente de coisas móveis ou parcialmente alheias, acreditando que estes bens pertenceriam ao pai (ou cônjuge). Neste caso hipotético, por força de uma causa pessoal de exclusão da pena, prevista no art. 181, I e II, do Código Penal, haverá isenção de pena, em decorrência de uma escolha (acertada) do legislador por razões de política criminal, com amparo legal — o que não traria qualquer desconforto decorrente da não aplicação de sanção. Todavia, a questão ganha outro contorno quando se sustenta a irrelevância do erro de punibilidade para fins penais, já que a limitação da responsabilidade penal não formará parte do conteúdo das normas que proíbem a subtração ou apropriação de coisa alheia móvel de um estranho à família. Veja-se o caso em que o agente crê, erroneamente, que o bem subtraído é de seu ascendente/descendente/cônjuge, quando pertencia a um terceiro estranho à relação familiar. Neste caso, por não se tratar de um erro de tipo ou de proibição, bem como por não existir uma norma excludente de puni-

na hipotética situação do filho ou cônjuge que se apropria ilegitimamente de coisas móveis ou parcialmente alheias, acreditando que estes bens pertenceriam ao pai (ou cônjuge). Neste caso hipotético, por força de uma causa pessoal de exclusão da pena, prevista no art. 181, I e II, do Código Penal, haverá isenção de pena, em decorrência de uma escolha (acertada) do legislador por razões de política criminal, com amparo legal — o que não traria qualquer desconforto decorrente da não aplicação de sanção. Todavia, a questão ganha outro contorno quando se sustenta a irrelevância do erro de punibilidade para fins penais, já que a limitação da responsabilidade penal não formará parte do conteúdo das normas que proíbem a subtração ou apropriação de coisa alheia móvel de um estranho à família. Veja-se o caso em que o agente crê, erroneamente, que o bem subtraído é de seu ascendente/descendente/cônjuge, quando pertencia a um terceiro estranho à relação familiar. Neste caso, por não se tratar de um erro de tipo ou de proibição, bem como por não existir uma norma excludente de puni-

A inexistência de previsão legal e o entendimento majoritário de que o erro sobre as excludentes de punibilidade, ante sua irrelevância para o injusto culpável, não permite a isenção de responsabilidade penal, é preciso ter presente que não existe dúvida sobre o caráter limitador da punibilidade das causas de isenção de pena, pois já está clara a opção do legislador em não recorrer à sanção criminal como forma de controle social.

➔ bilidade, não restaria outra opção em face do entendimento tradicional, senão a de se reconhecer uma hipótese de arrependimento posterior, o que não afastaria o advento da punibilidade, mas apenas a diminuição da reprimenda.

Não obstante, a inexistência de previsão legal e o entendimento majoritário de que o erro sobre as excludentes de punibilidade, ante sua irrelevância para o injusto culpável, não permite a isenção de responsabilidade penal, é preciso ter presente que não existe dúvida sobre o caráter limitador da punibilidade das causas de isenção de pena, pois já está clara a opção do legislador em não recorrer à sanção criminal como forma de controle social.

Desse modo, reconhecendo que o Direito Penal não pode ser um “sistema fechado”⁽⁶⁾ — pois estas figuras estranhas ao injusto culpável só podem ser refletidas em um sistema penal aberto —, é preciso aprofundar esta temática, tendo presente que a perspectiva político-criminal sobre a possibilidade do atuar de outro modo, deva ser percebida como o que razoavelmente se deve exigir do agente no que tange ao reconhecimento de admisão ou exclusão da responsabilidade criminal. É forçoso admitir que não se pode mais ignorar a possibilidade do reconhecimento do erro, com exclusão da pena (e não somente sua diminuição) ante a uma possível perspectiva equivocada quanto a

circunstâncias estranhas ao injusto culpável, e que só podem ser aferidas no caso concreto. (1)

Notas

- (1) Veja-se, por todos, **BACIGALUPO, Enrique**. *Hacia el Nuevo Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p. 670.
- (2) *Derecho Penal, Parte General*. Trad. **Diego-Manuel Luzón Peña, et. al.**, Madrid: Civitas, 1997, t. I, p. 980.
- (3) Sobre a questão veja-se: **BITTAR, Walter Barbosa**. *As Condições Objetivas de Punibilidade e as Causas Pessoais de Exclusão da Pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 15-19.
- (4) Conforme propõe **Juan Felipe Higuera Guimera**, baseado na tese de **Enrique Bacigalupo Zapater**. *Las Excusas Absolutórias*. Madrid: Marcial Pons, 1993, p. 159.
- (5) **SANCINETTI, Marcelo A.** “Error de prohibición y error de punibilidad”, in *Doctrina Penal*, n.ºs 29 a 32, Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 433.
- (6) Aprofundando o entendimento veja-se: **SCHÜMENAM, Bernd**. “Introducción al razonamiento sistemático em derecho penal”, in: *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*, Madrid: Tecnos, 1991, p. 39.

Walter Barbosa Bittar

Mestre em Direito (PUC/PR), pós-graduado em processo penal (PUC/PR) e professor de Direito Penal e Criminologia da graduação e da pós-graduação (PUC/PR)

Walter Barbosa Bittar

NOTA DA COORDENAÇÃO DA BIBLIOTECA SOBRE MARCOS ANTÔNIO DE LIMA

Trabalhou, durante sete anos, na Biblioteca do **IBCCRIM**, um rapaz franzi-
no que estava sempre pronto para ajudar.

Profundo conhecedor do acervo de livros, **Marcos Antônio de Lima** realmente “vestiu a camisa” da família **IBCCRIM**. Desde os pedidos de sugestão para aquisição de livros estrangeiros até um conselho sobre qual seria a maneira mais prudente de tomar alguma decisão, sempre buscava informações e idéias para aprimorar os trabalhos.

Afirmou-se em Assembléia do Instituto: “*Se a biblioteca tem uma alma, está representada por Alberto Silva Franco; se ela tem um pulmão, está representada por Marcos Antônio de Lima*”.

Sua dedicação marcou história conosco. Trata-se de uma perda irreparável.

Junto com **Marcos** sobe ao alto todo o seu conhecimento e grande parcela do dia a dia da história literária do **IBCCRIM**.

Marcos deixa como herança, além da amizade, o caminho a ser seguido para sermos exímios profissionais: inteligência, competência, eficiência e excelência na prestação de um serviço.

Coordenação da Biblioteca

COORDENADORES REGIONAIS:

1ª REGIÃO (AP, MA e PA):

João Guilherme Lages Mendes

2ª REGIÃO (AC, AM e RR):

Fabiola Monteconrado Ghidalevich

3ª REGIÃO (PI, CE e RN):

Patrícia de Sá Leitão e Leão

4ª REGIÃO (PB, PE e 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):

Janaina Paschoal

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 XI 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

O início do século XXI está marcado pela contraposição entre Estado *versus* criminalidade organizada. Os índices de criminalidade chegaram a níveis insustentáveis. A massa carcerária brasileira ultrapassou a barreira dos 400.000 detentos e cresceu 67% em 4 anos⁽²⁾. A mídia expõe matérias que retratam a violência diuturnamente. Os valores como a família, a moral, a ética estão relativizados ou em segundo plano. A pressão econômica decorrente do fenômeno da globalização dita as regras sociais e amplia o número de excluídos e as estatísticas de criminalidade.

Tendo esse meio ambiente como nosso plano de existência social, o representante popular que trabalha nas Casas Legislativas enxergou no Direito Penal um instrumento de combate à criminalidade. Trata-se de uma associação lógica, pois a área do Direito (entendida como conjunto de leis — atribuição do Legislativo) que cuida dos crimes (maior dos problemas sociais) é o Direito Penal.

Feita a associação lógica (mas equivocada, como será demonstrado), iniciou-se a escalada repressiva do ordenamento jurídico-penal. Pergunta-se: que outro caminho ou providência deveria ter tomado o legislador para tentar solucionar a criminalidade a curto prazo? Nenhuma. Ele fez exatamente o que deveria ter feito. A interferência econômica da globalização pede leis mais rígidas para assegurar o investimento estrangeiro nos países emergentes e a população, bombardeada por violência e mais violência nos meios de comunicação, fica insegura e também cobra de seus representantes uma atitude.

Frente a essa pressão da quase totalidade da coletividade, o legislador faz leis. Para combater o crime, leis mais duras, mais condutas tipificadas, maiores penas, mais tempo de segregação etc.

Só que, por razões *inexplicáveis*, as leis penais exclusivamente repressivas não surtem efeito. Esse Direito Penal que deveria ser efetivo no combate à criminalidade tornou-se simbólico. As leis passaram a ser feitas para apaziguar a sociedade em momentos de revolta, mas sem consequências práticas e sem redução da criminalidade. Esse Direito Penal mostrou ser incompetente e ineficiente para os fins desejados pelo Legislativo e por boa parcela da sociedade. O que fazer então?

Surge a opção legislativa pela flexibilização dos direitos e garantias fundamentais como forma de conseguir êxito e funcionalidade nesse ordenamento jurídico deformado.

Alguns doutrinadores afirmam que a grande indagação do momento reside, exatamente, na dúvida se a eficácia dos métodos de segurança pública deve, necessariamente, implicar a redução ou a eliminação de direitos fundamentais. Não nos parece que esse deva ser o cerne do problema. Antes de relativizar direitos e garantias fundamentais em nome de uma hipotética e pouco provável funcionalidade, mostraremos que existe outra saída.

A globalização é uma realidade, assim como a sua interferência no Direito Penal. O desenvolvimento tecnológico e suas ramificações específicas nos colocam como integrantes de uma sociedade de risco⁽³⁾.

A política econômica interfere diretamente na política criminal em busca de soluções e instrumentaliza o ordenamento jurídico-penal como se ele fosse uma marionete. O problema é que o boneco não faz a plateia rir. Óbvio que não. O Direito Penal não serve como instrumento de controle social. Nunca irá servir. Não foi criado com essa intenção e não possui essas características.

A violência sempre existiu e sempre irá existir. Ninguém questiona a necessidade do Estado chamar para si o monopólio da resolução dos conflitos na área penal. O Direito Penal foi criado e existe **somente** para limitar a amplitude e a intensidade dos castigos que o Estado precisa aplicar. Só para isso. O Direito Penal pode ser visto como uma grande garantia contra os excessos do Estado nas necessárias punições.

Certamente que aquele que opta pela prática de um crime não pode ficar impune. Certamente que o titular para puni-lo é o Estado. Quais condutas devem ser criminalizadas; de que forma a punição se dará e; com qual intensidade a pena será aplicada são os objetos do Direito Penal; são as razões do Direito Penal existir.

Transformar uma garantia numa arma é equivocado. O Escudo não possui lâminas! Ele serve para proteger e não para atacar. Esse é o equívoco do nosso legislador que sofre as interferên-

cias externas do processo de globalização e, por reflexo condicionado, da maioria de seus eleitores.

Exigir do representante do povo que proceda de forma contrária ao interesse daqueles que representa é pedir o impossível. Não colocaremos em questão se o simbolismo das leis penais funciona como mecanismo de apaziguamento temporário e como palanque eleitoral. A questão é mais complexa. Se o trabalho do legislador é fazer leis e se o campo legiferante é destinado para solucionar a prática de crimes, com certeza teremos leis penais. Trata-se sim de um raciocínio lógico.

Poderíamos argumentar no sentido da ineficiência da Comissão de Constituição e Justiça que existe para averiguar inconstitucionalidades nos projetos passíveis de aprovação, mas o problema é

o mesmo: essa Comissão é integrada por membros do Legislativo. Aqueles mesmos profissionais que continuam a dar satisfação para seus eleitores.

Poderíamos argumentar que o punitivismo exclusivo e os interesses da globalização desviam o olhar do legislador que deveria preocupar-se com a estrutura social de nosso país, fazendo leis e sugerindo destinação de verbas, de forma inteligente e legítima, para aprimorar os serviços de educação de nosso País. Mas isso traria resultados apenas a longo prazo. Ainda não se resolve o problema atual.

Por todas essas razões apresentadas, propusemos em dissertação de mestrado⁽⁴⁾ o deslocamento da solução da busca pela manutenção — e até mesmo resgate — do garantismo para o campo jurisdicional. Retira-se do legislador a responsabilidade pela vigência e plena aplicabilidade dos princípios constitucionais deslocando-a para o campo do Poder Judiciário.

Surge, então, **como contra-ataque do garantismo**, o neoconstitucionalismo penal. O país que possuir um quadro de magistrados comprometidos com a vigência das normas constitucionais e sua posição hierárquica sobre as leis complementares e ordinárias, com a força normativa dos princípios e com sua herme-

Não se pode elocubrar a respeito do abandono do sistema penal, introdução da política criminal na Ciência do Direito Penal, desaparecimento da figura dos bens jurídicos, enquanto ainda estivermos lutando pela manutenção da dignidade humana e do princípio da legalidade. Nosso nível dogmático está muito defasado.

➔ nêutica, estará protegido contra as mazes legislativas da globalização.

No Brasil, há essa possibilidade concreta da prevalência da liberdade sobre a eficiência utilitarista graças a dois fatores: a) às cláusulas pétreas, mecanismo de relevância ímpar responsável pela intangibilidade dos direitos e garantias fundamentais; e b) a autonomia funcional do Poder Judiciário. Com esses dois fundamentos, a teoria aqui proposta passa do campo utópico para o concreto.

O legislador, atendendo os reclames da sociedade nacional (eleitores em potencial) e internacional (comunidade internacional globalizada), irá continuar produzindo leis penais repressivas pois ingressou num caminho sem volta. Deu azo ao círculo vicioso da violência⁽⁵⁾ e dificilmente conseguirá regredir.

O garantismo neoconstitucionalista deve funcionar como um filtro contra todas as leis que ultrapassarem a tênue linha da flexibilização das garantias constitucionais. Assim, pode o Congresso trabalhar à vontade e responder aos anseios de seus eleitores e o Judiciário, posteriormente, em cumprimento ao seu dever funcional, colocará ordem na Casa.

O que se defende aqui não é uma idéia incrível, algo mirabolante fruto de uma inspiração jurídica. O que está sendo exigido aqui é que o Judiciário cumpra seu dever. Todos os integrantes do corpo jurisdicional de nosso País sabem que existe hierarquia entre as normas constitucionais e as leis ordinárias; todos têm consciência da natureza normativa dos princípios constitucionais, que independem de uma lei ordinária para serem diretamente aplicados nas decisões⁽⁶⁾; todos têm ciência da parcela de seu poder que consiste no controle difuso de constitucionalidade; todos conhecem o significado das cláusulas pétreas e de que to-

mas posse como magistrados por força de concurso público e que não devem direcionar seu trabalho hermenêutico com base na opinião popular⁽⁷⁾, e sim com base na Constituição Federal e em seus desdobramentos legislativos.

Não se pode elocubrar a respeito do abandono do sistema penal, introdução da política criminal na Ciência do Direito Penal, desaparecimento da figura dos bens jurídicos, enquanto ainda estivermos lutando pela manutenção da dignidade humana e do princípio da legalidade. Nosso nível dogmático está muito defasado. Chegou o momento de lutarmos para assegurar as conquistas Iluministas e para demonstrar ao Congresso, seja pelo exercício jurisdicional neoconstitucionalista, seja pela própria ineficiência do Direito Penal para reduzir os índices de criminalidade, que deve procurar outra solução; deve pensar em outras hipóteses menos incisivas e socialmente mais inteligentes.

Fica a ressalva em relação ao papel do Executivo nessa problemática: a de implementar políticas sociais e aprimorar a prestação do serviço público relacionado à execução penal em busca da tão sonhada prevenção especial positiva com a ressocialização e reintegração do agente delitivo na sociedade.

Lembrem-se: o Escudo serve para proteger e deve ser utilizado, nesse momento, pelo próprio Judiciário. Se o legislador procura lâminas como instrumentos de trabalho, deve deixar o Direito Penal de lado e continuar procurando, só que em outra freguesia... 

Notas

- (1) Esse artigo é dedicado ao colega **Marcos Antônio de Lima**, que deixa como herança, além da amizade, o caminho a ser seguido para sermos exímios profissionais: inteligência,

competência, eficiência e excelência na prestação de um serviço.

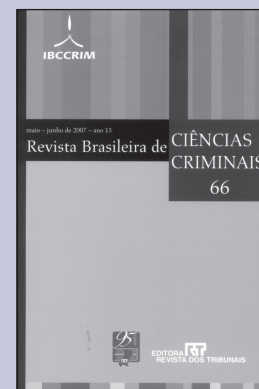
- (2) Fonte: *Folha de S.Paulo*. Edição de 4 de abril de 2007.
- (3) Cf. **BECK, Ulrich**. "O que é globalização". *Equívocos do Globalismo – Respostas à Globalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 57.
- (4) **SILVA, Ivan Luís Marques da**. *O Direito Penal como Garantia Fundamental: O Novo Enfoque Decorrente da Globalização*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 188.
- (5) A criminalidade violenta atinge de forma maciça nossa coletividade. O legislador torna as leis mais duras, aumenta as penas, tipifica mais condutas e, a consequência disso, é o aumento no número de presos que já ultrapassa os 400.000. Esses detentos, em sua maior parte, integram a grande massa de excluídos pela política econômica globalizada e não possuem opções de melhoria de vida ao cumprirem sua pena e, quase sempre, voltam a delinquir. Com o crescimento das estatísticas da violência, o que faz o legislador? Sim, torna as leis mais duras, aumenta as penas, tipifica mais condutas etc.
- (6) afirmou **Hesse** que "Como toda ciência jurídica, o Direito Constitucional é ciência normativa". **HESSE, Konrad**. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. **Gilmar Ferreira Mendes**. Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 11.
- (7) Em sentido contrário, **HÄBERLE, Peter**. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição*. Trad. **Gilmar Ferreira Mendes**. Porto Alegre: SAFE, 2002, *passim*.

Ivan Luís Marques da Silva

Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP, pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Faculdade de Direito de Coimbra, professor de Direito Penal e Processo Penal na Pós-graduação da Escola Paulista de Direito (EPD), coordenador-adjunto do **IBCCRIM** e advogado criminalista

LEIA NA REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS Nº 66 - MAIO-JUNHO - 2007

- *El Principio de Ne Bis in Idem en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* - **Dino Carlos Caro Coria**
- *¿Qué Aporta la Teoría de los Fines de la Pena?* - **Günter Stratenwerth**
- *O Nexo de Aumento do Risco na Teoria da Imputação Objetiva* - **Luylla Cavalcante de Souza**
- *A Situação da Justiça Penal no Brasil do Século XIX* - **Roberto Chacon de Albuquerque**
- *A Tentativa na Autoria Mediata* - **Rolf Dietrich Herzberg**
- *Prova e Sucadêneos da Prova no Processo Penal* - **Antonio Scarance Fernandes**
- *A Inconstitucionalidade dos Poderes Investigatórios do Ministério Público* - **Cezar Roberto Bitencourt**
- *Entre Terroristas e Inimigos...* - **Elisangela Melo Reghelin**
- *Quem é o Inimigo, Quem é Você?* - **Paulo César Busato**
- *Direito Intertemporal Penal. Possibilidade de "Combinação" de Leis: O Equívoco da Lex Tertia* - **Arnaldo Malheiros Filho**



A criminologia é ciência que se ocupa do estudo do delito, delinqüente, vítima e controle social, formal e informal. Não se confunde com o Direito Penal, sendo uma disciplina a ele paralela e auxiliar.

O estudo da disciplina sofreu grande inovação na década de 60 com o desenvolvimento de uma teoria inovadora denominada *labelling approach*, rotulação social ou etiquetagem.

Isto porque representou ela o início de uma nova abordagem da ciência que, rompendo com os fundamentos do paradigma etiológico-determinista da criminologia clássica, passou a ater-se aos reflexos do controle exercido pelo Estado sobre o criminoso. Deixou de perquirir a causa da criminalidade para indagar suas condições.

A nova teoria, então, passou a abordar o problema da criminalidade, tomando-o como consequência da intervenção do controle social formal, entendido como o uso do aparato repressivo estatal representado pela Polícia e pelo Ministério Público, por exemplo.

Assim, a interferência da Justiça, nos moldes hoje apresentados, é apta para aprofundar a criminalidade, não para contê-la.

Note-se, então, que toda essa instrumentalidade só deve ter lugar quando todos os demais mecanismos de controle informais forem falhos, porque é estigmatizante.

Por essa abordagem não se intenta explicar o porquê da prática do primeiro ato ilícito pelo agente, enfatizando que os atos que eventualmente o seguirão são decorrentes do estigma suportado pelo sujeito submetido ao aparato repressivo do Estado.

Ao explicar a teoria, Shecaira afirma que “as condutas desviantes parecem ser alimentadas pelas agências designadas para inibi-las”⁽¹⁾.

Essa forma de pensamento foi influenciada pelo interacionismo simbólico, corrente sociológica que defendia que os atos não são criminosos por si só, mas sim pela resposta social que recebem.

O *labelling approach* atem-se à análise da conduta desviante do indivíduo, resultado da reação social contra um ato por ele praticado. Assim, seria esse desvio originado pela própria sociedade.

Após a prática de um ato ilícito, seu

sujeito ativo é estigmatizado e rotulado como criminoso pela sociedade, o que culmina em uma mudança de sua identidade pessoal original, fazendo-o crer que é o que os demais acreditam que ele seja.

A partir disso esse indivíduo inicia uma aproximação com seus “iguais”, fazendo um mergulho no papel desviado. Passa ele a comportar-se da maneira errônea que a sociedade espera, iniciando assim sua carreira criminosa.

Nesse sentido são também as divagações de Vera Pereira Regina de Andrade: “Uma conduta não é criminal em si (qualidade negativa ou nocividade inerente) nem seu autor um criminoso por concretos traços de sua personalidade ou influências do meio ambiente. A criminalidade se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos mediante um duplo processo: a definição legal de crime, que atribui à conduta o caráter criminal, e a seleção que etiqueta e estigmatiza um autor como criminoso entre todos aqueles que praticam tais condutas”⁽²⁾.

Mesmo com uma pretensa abordagem diversa da Justiça Penal Juvenil, tal ciclo também se demonstra nessa área, não obstante a opinião de diversos doutrinadores que não enxergam nas medidas sócio-educativas qualquer conteúdo retributivo.

O modelo de Justiça que se dirige aos adolescentes em conflito com a lei dota seus operadores de alto grau de liberdade, o que culmina, muitas vezes, no exercício de um poder arbitrário e discricionário, ainda mais danoso do que o proposto para os adultos. Some-se a isso o fato de o legislador pátrio se omitir em relação à carga de retributividade contida na reprimenda, vislumbrando seu caráter meramente reeducativo, sem qualquer correspondência com a realidade fática.

É certo que o papel das cerimônias degradantes é mitigado no Direito Penal Ju-

venil, uma vez que se proíbe a veiculação na imprensa do nome e imagem do autor do ato infracional, bem como os processos envolvendo esses autores correm em segredo de justiça perante a vara especializada. No entanto, a submissão ao poder estatal desorganizado gera consequências gravosas que serão conservadas pelo adolescente durante toda a sua vida.

Acreditamos que o preconceito social contra os submetidos ao controle formal deriva da ineficiência das medidas, as

quais não atingem seu objetivo precípua de ressocializar o sujeito que se encontra em conflito com a lei.

Nesse diapasão, resta evidente que a criminalidade pode ter seus índices reduzidos evitando-se

a entrada de sujeitos que cometeram crimes de menor gravidade no falido sistema penal. Outra solução, esta a longo prazo, consiste na reformulação do sistema de execução das penas dos adultos e das medidas sócio-educativas dos adolescentes, adaptando-as às exigências constitucionais e tornando-as condizentes com o princípio da dignidade humana.

Assim é que devemos deixar de lado a mera cópia dos modelos alienígenas, tal qual fazemos com a política da tolerância zero, e buscar soluções para os nossos sistemas penal e penitenciário mediante embasados estudos criminológicos. ◉

Notas

- (1) SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 297.
- (2) ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: Códigos de Violência na Era da Globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.37.

Fernanda Carolina de Araujo

Bacharel em Direito pela PUC-Campinas e mestranda em Direito Penal pela USP

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*.

ADMIRÁVEL MUNDO NOVO? EMBRIÕES HUMANOS, TERAPIA GENÉTICA E DIREITO PENAL

Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Ana Elisa Liberatore S. Bechara

ADMIRÁVEL MUNDO NOVO? EMBRIÕES HUMANOS, TERAPIA GENÉTICA E DIREITO PENAL

Imersa no contexto das novas perspectivas trazidas pela evolução biotecnológica, a sociedade brasileira ainda está a aguardar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de utilização de células-tronco embrionárias humanas em pesquisas científicas, conforme previsão expressa do artigo 5º da Lei Federal nº 11.105/05⁽¹⁾. Em decorrência dessa discussão em torno da Lei de Biossegurança, voltam à baila os questionamentos acerca dos limites da intervenção do Direito Penal nas novas tecnologias relacionadas às manipulações genéticas em seres humanos. Em última análise, a temática tem como pano de fundo a própria crise de legitimidade vivenciada pelo Direito Penal em face da Pós-Modernidade.

De fato, grande parte das intervenções genéticas em seres humanos é realizável na atualidade apenas no âmbito da pesquisa científica, sendo sua matéria-prima embriões humanos. Aí surge um dos problemas nucleares da Bioética e do Direito, de se saber como conciliar tais pesquisas relacionadas ao embrião com as exigências de respeito à dignidade da pessoa humana.

Sobre a questão, verifica-se não existir, ainda, na órbita jurídica brasileira, um modelo de tutela do embrião humano, não obstante a existência de diversos textos legislativos vigentes em outros países, bem como de sua prescrição por instrumentos internacionais. Tal vazio legislativo se revela injustificável e já traz inúmeros prejuízos, diante dos avanços tecnológicos alcançados. Acerca da necessidade do enfrentamento jurídico da matéria no Brasil, bem lembra **José Carlos Moreira Alves** que *"se o cientista pode questionar a partir de que momento começa a vida humana, os juristas enfrentam problema muito mais difícil, pois têm de fazer de conta que sabem, estabelecendo tal limite juridicamente"*⁽²⁾.

Assim, não há dúvida de que, graças ao estado atual das técnicas de engenharia genética, e ainda que não haja certeza biológica quanto ao momento do início da vida, ter-se-á de definir o momento inicial de sua proteção, no âmbito jurídico, com o intuito de melhor tutelar o embrião, conciliando tal tutela com o progresso médico-científico⁽³⁾.

A par da discussão em andamento em nossa Corte Suprema, a grande questão que se põe refere-se ao adiantamento da intervenção jurídico-penal na matéria, independentemente da tutela dos embriões humanos por outros ramos do Direito. Com efeito, de um lado, tem-se, de forma complementar à autorização de

utilização de embriões humanos pelo art. 5º da Lei de Biossegurança, o art. 24 do mesmo diploma legal a criminalizar a utilização ilegal desses mesmos embriões. De outro lado, o Código Civil brasileiro limita-se a estabelecer que *"a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro"* (art. 2º). Ou seja, não se tem, no Brasil, parâmetros para aferir os critérios de legalidade da fertilização artificial e da utilização de embriões humanos, que nem mesmo possuem *status* próprio⁽⁴⁾. E a mera leitura do teor do artigo 5º da Lei de Biossegurança evidencia estar o dispositivo legal longe de esgotar o tratamento do tema.

A esse ponto, diante da ausência de previsão legal, enfrenta-se há alguns anos no Brasil a problemática quanto aos chamados embriões excedentários, resultantes das técnicas de fertilização artificial. De fato, é prática comum, em casos de infertilidade, a hiperestimulação ovariana feminina e posterior coleta dos óvulos, os quais são inseminados em laboratório com o sêmen do companheiro ou de doador. Em vista da frequente existência de inúmeros óvulos, todos estes são inseminados, chegando-se a gerar mais de uma dúzia de embriões⁽⁵⁾. Tais embriões são desenvolvidos em laboratório por aproximadamente 36 horas, quando são implantados no útero materno. Diante do grande número de embriões, porém, apenas são utilizados dois ou três por vez, sendo os demais conservados por meio de criopreservação⁽⁶⁾.

Ocorre que, não raras vezes, o casal submetido a apenas uma ou duas tentativas de reprodução assistida obtém êxito, deixando de desejar os embriões ainda armazenados, os quais, diante da lacuna da lei brasileira, restam sem destino e, portanto, sujeitos ao eterno congelamento⁽⁷⁾. Ante tal situação, questionam os pesquisadores se os mencionados embriões não poderiam ser aproveitados, mediante a autorização dos pais, para fins científicos, o que, afirmam, não representaria qualquer vulneração aos direitos fundamentais ou à dignidade humana, já que estariam mesmo condenados ao abandono.

A fim de solucionar, ainda que aparentemente, esse quadro, ocasionado fundamentalmente pela negligência da lei pátria, é que se autoriza, nos termos do art. 5º da Lei de Biossegurança, a utilização dos embriões excedentários, desde que para fins terapêuticos, quando empregados para a obtenção de benefícios à saúde dos próprios familiares ou à de tercei-

ros. Ora, na verdade, continua-se a não tutelar juridicamente o embrião humano. Em matéria de fertilização artificial, bem como de manipulação de embriões humanos, não há norma que defina os limites a serem respeitados, inclusive no que tange a aspectos eugênicos. Diante desse vazio legal em todos os demais âmbitos, não cabe ao Direito Penal a missão de interferir como instrumento exclusivo de proteção.

Mais uma vez, está-se diante de um Direito Penal simbólico⁽⁸⁾, que visa a produzir na opinião pública o sentimento de tranquilidade e de um legislador atuante⁽⁹⁾. Tratam-se aqui de preceitos penais que não surtem efeitos protetivos concretos, mas que, antes, são nitidamente partidários de determinados valores, pretendendo servir à auto-afirmação de grupos políticos e ideológicos. E referida constatação não está limitada ao art. 24 da Lei de Biossegurança, estendendo-se por todos os demais dispositivos de cunho penal da mencionada lei.

O combate às novas modalidades criminosas, mormente aquelas ligadas aos crimes tecnológicos, vem sendo indevidamente associado à idéia de um Direito Penal de emergência, excepcional à própria Constituição da República, no qual as regras de responsabilidade penal e a razão jurídica sucumbem diante das razões do Estado. Impõe-se o combate às novas situações sociais a qualquer custo. Esta cultura de emergência e de exceção, hoje materializada em vários textos normativos, possibilitou a criação de desvios dogmáticos que acabaram por levar ao retrocesso do Direito Penal, gerando, evidentemente, uma crise de legitimidade, advinda da disparidade entre o dever-ser normativo e o ser efetivo.

Tratando especificamente desse admirável mundo novo decorrente das novas perspectivas abertas pelas práticas de manipulação genética em seres humanos, admite-se não ser tarefa fácil discernir entre uma atitude prudente e realista de contenção aos riscos implicados e uma postura de mero temor irracional diante do desconhecido. Não sendo possível a antecipação do futuro, e não possuindo mesmo o Direito Penal tal vocação, seria seguramente equivocada qualquer intervenção jurídica, nesta área, inspirada simplesmente na segunda postura.

A busca por uma maior intervenção, objetivando lograr controle efetivo de determinados fatos no âmbito das novas tecnologias, como é o caso da engenharia genética, não deve estar dirigida primordialmente ao Direito Penal, sob pena de este se converter em um ramo do Direito

➔ hiperatrofiado, intervencionista e, pior, não necessariamente mais operativo. O equívoco aqui está em pretender que somente o Direito Penal ofereça garantia à segurança, sendo sempre legítimo recorrer-se à sanção penal para este fim.

Em referência específica à situação atual do Direito Penal brasileiro, devemos ter sempre em mente a lição do saudoso professor **Antonio Luís Chaves Camargo**, para quem *“a complexidade social fez surgir uma série de fatos e comportamentos até então não previstos pelo legislador penal, o que obrigou à produção de uma legislação capaz de fazer frente a esta criminalidade, apenas como um simbolismo, uma resposta do Direito Penal à sociedade, ansiosa por medidas que diminuam os crimes hediondos, lei do meio ambiente, sistema financeiro, etc. Não se conseguiu dar validade a estas normas, porque o Direito Penal brasileiro ainda se apegava ao positivismo jurídico kantiano, o que o impede de um desenvolvimento para acompanhar a ciência penal no mundo moderno”*⁽⁹⁾.

Na verdade, deve o Direito Penal responder eficazmente às necessidades sociais pós-modernas sem que, com isso, perca a própria identidade, mantendo íntegros os princípios e garantias já conquistados e consagrados (descartando-se, portanto, a idéia equivocada de intervenção penal a qualquer custo).

Assim, a partir da consideração da pessoa e de sua dignidade, admite-se a licitude de práticas de manipulação genética, desde que não sejam violados interesses sociais preponderantes. Isso não significa temer as manipulações genéticas, ou rejeitar sua admissão, mas, sim, permitir sua prática responsável, em observância à dignidade humana e ao desenvolvimento do indivíduo na sociedade. De fato, nos casos em que se revelarem as práticas genéticas benéficas à saúde, ao bem-estar e à própria vida dos envolvidos, a negativa às novas tecnologias haverá de ser considerada desumana e, por isso, inaceitável.

Entende-se aplicável, então, sistema de controle escalonado diante das novas tecnologias, partindo da deontologia médica e científica, passando pela discussão bioética no seio da sociedade, estabelecendo-se políticas sociais de caráter predominantemente sanitário, até chegar à regulamentação jurídica, inicialmente civil e administrativa, sendo o recurso ao Direito Penal considerado como último instrumento legal a acudir quando todos os demais sistemas de controle social informais e formais tenham fracassado em impedir e tutelar o desvalor social das condutas praticadas contra o genoma humano, o indivíduo e a própria humani-

dade, conforme os princípios e garantias estabelecidos no contexto do Estado Democrático de Direito.

A partir dessa postura crítica, o sistema de tutela penal do ser humano e, especialmente, do nascituro, em face aos abusos nas práticas de manipulação genética não deve ter por objetivo o impedimento dos avanços da ciência, o que não seria mesmo possível em razão da força intrínseca do processo natural de desenvolvimento social. E mesmo que se opte juridicamente por impedir o avanço da ciência em determinadas hipóteses, essa proibição não pode ser automaticamente transportada para o âmbito penal⁽¹⁰⁾, sendo de se considerar, nessa esfera específica, os critérios de formulação e análise típica, conforme os princípios fundamentais aplicáveis, dentre os quais ganham destaque a lesividade e a subsidiariedade.

Mantém-se, dessa forma, a missão do Direito Penal enquanto instrumento subsidiário de proteção de valores sociais fundamentais, traduzidos em bens jurídicos. E a proteção de bens jurídicos, nesse contexto, deve continuar a ser critério negativo de legitimação penal, não se podendo aceitar sua conversão a critério de justificação de novas criminalizações.

Assim, seguindo a inestimável lição do professor **Antonio Luís Chaves Camargo**, voltada à libertação do pensamento jurídico em relação aos apriorismos e ontologismos, conclui-se que a tutela penal das manipulações genéticas em seres humanos mostra-se necessária, mas deve ser feita de forma séria e fundamentalmente prudente, de modo a, de um lado, não impedir o livre desenvolvimento de uma tecnologia voltada para a valorização da própria dignidade humana, devendo ser utilizado exclusivamente como *ultima ratio*, e, de outro, a não vulnerar princípios fundamentais que, em última análise, implicam a própria manutenção do Estado Democrático de Direito. 

Notas

- (1) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. O questionamento quanto à constitucionalidade do dispositivo legal decorre da necessária destruição do embrião humano, para o fim de extração de células-tronco.
- (2) **ALVES, José Carlos Moreira**. “Clonagem, vida humana e implicações jurídico-morais”. Conferência proferida no *Seminário Internacional Clonagem Humana: questões jurídicas*. Revista CEJ, Brasília, nº 16, jan-mar/2002, p. 50.
- (3) Apenas para efeito de fixar posicionamento, diante das diversas correntes sobre ao momento inicial de proteção jurídica da vida humana, identificamo-lo com a concepção, estando de acordo com **Claus Roxin**, que há quase trinta anos afirmara: *“uma sociedade que*

considera a vida humana como o mais alto de todos os bens jurídicos e castiga sua destruição com as mais duras sanções de que dispõe, conferindo tratamento igual à vida do moribundo, do doente mental e do assassino confesso, não pode negar o direito à vida do nascituro, sob pena de negar e, assim, colocar em risco seu próprio sistema de valores. O embrião, então, não pode ser considerado como um nada jurídico, senão como uma pessoa em potencial, com todos os seus atributos, cuja vida, por isso, deve ser respeitada”. **ROXIN, Claus**. “A proposta minoritária do Projeto Alternativo”. In: *Problemas Básicos de Direito Penal*, 1976, p. 72. No mesmo sentido, tem-se o art. 4º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos — Pacto de San José da Costa Rica —, aprovada e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, segundo o qual o direito à vida deve ser protegido pela lei desde o momento da concepção.

- (4) A esse respeito, há resoluções do Conselho Federal de Medicina que prescrevem regras para procedimentos de fertilização artificial, as quais, porém, são destituídas de força normativa.
- (5) Nesse estágio de desenvolvimento, chega-se a denominar o nascituro de “pré-embrião”, termo introduzido por **McLaren**, embrióloga inglesa e membro do Comitê Warnock, constituído com o fim de estudar os aspectos da fecundação e da embriologia humana, com vistas à elaboração de projeto de lei. Referida denominação é mais política do que técnica, ou mesmo ético-jurídica, chegando-se a criticar, nesse âmbito, a diferenciação da denominação de um mesmo ser humano em formação, como se fosse possível reduzi-lo, nesse estágio, à condição de “pré-ser”. Nesse sentido, v. **LÓPEZ BARAHONA, Mônica**; **ANTUÑANO ALEA, Salvador**. *La Clonación Humana*. Barcelona: Ariel, 2002.
- (6) O número de óocitos e embriões a serem transferidos à receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade, nos termos da Resolução nº 1358, de 11 de novembro de 1992, do Conselho Federal de Medicina.
- (7) Sobre a matéria, O Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução nº 1358/92, item V, número 2, proíbe taxativamente a destruição dos embriões “excedentes”, permitindo apenas a sua doação a outros casais inférteis, alternativa que freqüentemente causa estranheza e rejeição dos pais biológicos.
- (8) Nesse sentido, **HASSEMER, Winfried**. *Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una Teoría de la Imputación en Derecho Penal*. Trad. **Francisco Muñoz Conde e Maria del Mar Díaz Pita**. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999, pp. 30 e ss.
- (9) *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001, p. 87.
- (10) **COSTA, José Francisco de Faria**. *O Perigo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 571.

Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Doutora em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP e advogada criminalista

Ana Elisa Liberatore S. Bechara

A COMUNICABILIDADE DE INSTÂNCIAS NOS CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

Alexandre Magno Fernandes Moreira Aguiar

Alexandre Magno Fernandes Moreira Aguiar

O Banco Central do Brasil é a entidade pública que tem a missão de exercer o poder de polícia no que concerne ao sistema financeiro nacional. Por isso, realiza inquéritos e processos administrativos que têm por objetivos apurar a ocorrência de ilícitos administrativos e sancionar os culpados.

Muitas vezes, ocorre que um determinado fato é tanto ilícito administrativo quanto penal e, assim, haverá dois processos, a princípio, independentes.

Nesse tema, a jurisprudência tem debatido a seguinte questão: qual é a influência da decisão de absolvição administrativa no âmbito penal? Há julgados conflitantes por parte do STF e do STJ. O primeiro, considerando ausente a justa causa nessa hipótese e, o segundo, negando qualquer influência da esfera administrativa na penal.

Para solucionar essa controvérsia, deve ser lembrado que o sistema processual penal brasileiro tem, em suas bases históricas, um forte viés autoritário. Boa parte das leis processuais penais foram promulgadas em períodos caracterizados por fortes restrições às liberdades fundamentais. O atual Código de Processo Penal, especialmente, foi elaborado em 1940, ano em que o Brasil estava sob a égide da Constituição outorgada de 1937, que instituiu o Estado Novo, de nítida inspiração fascista.

A Constituição de 1988 promoveu uma mudança radical no sistema processual penal brasileiro, retirando-lhe os resquícios inquisitivos e dando especial magnitude aos direitos e às garantias do acusado. Como bem identificou **Aury Lopes Júnior**: “O processo penal deve passar pelo filtro constitucional e se democratizar. A democracia deve ser vista como um sistema político que valoriza o indivíduo frente ao Estado, e que se manifesta em todas as esferas dessa complexa relação Estado-indivíduo. Como consequência, opera-se a democratização do processo penal, que se manifesta através do fortalecimento do sujeito passivo. O indivíduo submetido ao processo penal passa a ser valorizado juridicamente”⁽¹⁾.

A justa causa é um dos institutos processuais penais cuja interpretação constitucional torna-se não só urgente, mas também indispensável. Prevista em apenas uma oportunidade no Código de Processo Penal (art. 648, I), a justa causa tem sido comumente interpretada pela doutrina e pela jurisprudência nacional como o “suporte probatório mínimo [que] se rela-

cional com indícios de autoria, existência material de conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade”⁽²⁾. Porém, a doutrina mais moderna passa a encarar a justa causa como um conceito jurídico indeterminado, cujo campo de significância deve ser preenchido pelos princípios constitucionais.

Esse conceito constitucional de justa causa é defendido por **Carvalho et al**, considerando que ela se consubstancia em: “Provas mínimas da existência indícios de autoria e existência do delito, no interesse de agir, na tipicidade, no respeito ao princípio da proporcionalidade que reclama uma adequada avaliação custo-benefício, (...)”⁽³⁾.

Em síntese, o estudo da relação entre a decisão administrativa de absolvição no âmbito do Banco Central e a justa causa no processo penal insere-se em um contexto teórico garantista, que procura incorporar ao sistema penal os princípios constitucionais e os direitos deles decorrentes. Além disso, considera-se o caráter unitário da ilicitude no ordenamento jurídico.

O Direito Processual Penal brasileiro tem passado por mudanças significativas desde a promulgação da Constituição de 1988. Vários conceitos foram abandonados, alguns acrescidos e outros modificados. Nessa última situação, enquadra-se a justa causa, que vem abandonando seu conteúdo puramente formal para incorporar os princípios garantidos na Carta Magna.

A doutrina pátria conta com escassos estudos sobre a justa causa, quase sempre com um ponto de vista que desconsidera a nova ordem jurídica instalada em 5 de outubro de 1988. Dentro desse panorama, foi de especial relevo a citada obra **Justa Causa Penal Constitucional**. A justa causa penal constitucional tem profundas implicações em todo o sistema processual penal e, especialmente, naqueles que versem sobre crimes contra o sistema financeiro nacional, previstos na Lei 7.492, de 16 de junho de 1986.

A complexidade dos tipos penais inseridos nessa lei faz com que o Poder Judiciário seja profundamente condicionado à atuação do Banco Central do Brasil, que fiscaliza as entidades financeiras. A jurisprudência tem entendido⁽⁴⁾, sem aprofundar-se no tema, que a decisão de absolvição proferida no âmbito do Banco Central retira a justa causa no processo relativo ao mesmo fato.

Como visto, não há unanimidade no assunto. Em vários julgados, prevalece o

entendimento de que a decisão de absolvição proferida pelo Banco Central não influi na esfera penal, sob o clássico argumento da independência das instâncias e da possibilidade de, durante a instrução criminal, serem colhidos novos elementos que sustentem a acusação⁽⁵⁾. Além disso, a doutrina nacional é omissa no trato desse tema.

A decisão de absolvição em processo administrativo realizado no âmbito do Banco Central pode, em certas situações, determinar a ausência de justa causa no processo penal referente ao mesmo fato julgado administrativamente. Quando, na absolvição, provar-se a licitude do fato ou sua inexistência, torna-se inviável o exercício da ação penal. A ausência de justa causa funda-se principalmente em um juízo de probabilidade, ou seja, torna-se quase impossível o sucesso de uma pretensão penal que conte com um suporte probatório de tamanha fragilidade. Por outro lado, a absolvição administrativa que tem por fundamento a ausência de provas para a condenação não influi na esfera penal, pois ainda é possível que, durante o processo, obtenham-se novas provas que possam elucidar o caso penal. ☪

Notas

- (1) *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 40.
- (2) **LOPES JÚNIOR, Aury**. *Op. cit.*, p. 111.
- (3) *Justa Causa Penal Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- (4) Cf. os julgados: STF – HC^s n° 83.674/SP, 81.324/SP e 72.210/DF; TRF2 – HC n° 2.522/RJ; TRF3 – HC n° 9.991/SP; e TRF5 – HC n° 1.434/RN e RHC n° 300/CE.
- (5) Cf. os julgados: STF – RHC n° 10.453/SP; STJ – HC n° 26.542/SP; e TRF2 – HC n° 2.222/RJ. O argumento da independência das instâncias é especialmente frágil, pois a inafastabilidade do controle judicial é um direito individual e não “estatal”. Portanto, quando a decisão for favorável ao particular, torna-se evidente a possibilidade da existência de uma “coisa julgada administrativa”.

Alexandre Magno Fernandes Moreira Aguiar

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estácio de Sá, procurador do Banco Central do Brasil em Brasília e professor de Direito Penal, Processual Penal e Administrativo nos cursos Objetivo e Pró-Cursos

Muito se discute sobre a essencialidade ou não do sigilo⁽¹⁾ na investigação criminal ou a que fins atenderia a sua instituição.

Em regra, embora sem exclusividade⁽²⁾, as investigações penais no Brasil são conduzidas pela Polícia Judiciária em atividade definida como inquérito policial. Se o inquérito parlamentar é a princípio público, como o é a investigação pelo Ministério Público⁽³⁾, o mesmo consenso não se forma, por conta do art. 20 do CPP⁽⁴⁾, quanto ao inquérito policial, surgindo, vez por outra, propostas legislativas para sua regulamentação⁽⁵⁾.

O instituto do inquérito policial, vindo já de longa data (surgiu, entre nós, com a Lei nº 2.033/1871) não pode ser enxergado com as mesmas lentes de outrora, reclamando uma leitura pautada pelos direitos fundamentais e garantias processuais exaltados na Constituição: de um lado, a dignidade humana, nos aspectos da intimidade e vida privada; de outro, o direito à informação, a garantia da publicidade ínsita ao sistema acusatório e o exercício da defesa pelos “acusados em geral”. O mandamento do devido processo legal não convive com um sigilo absoluto dos atos investigativos, ou mesmo um sigilo apenas eventual, mas ditado por propósitos genéricos: um sigilo imotivado.

Nesse toar, temos que o art. 20 do CPP não abriga uma total clausura dos autos do inquérito, uma solução indiscriminada para todo o *iter* investigativo, mas atrela a existência do sigilo à sua *necessidade*, a ser aferida no caso concreto.

De fato, não sendo algo imanente ao inquérito, o sigilo somente existe mercê de determinadas razões, passíveis de agrupar-se em quatro ordens: (i) realizar uma investigação isenta e independente, alheia à intromissão de terceiros e a especulações que perturbem a serenidade dos agentes envolvidos; (ii) evitar que o suspeito ou investigado, conhecendo antecipadamente fatos e provas, tumultuem a investigação, dificultando a reunião de indícios; (iii) evitar que sejam revelados fatos que podem não vir a ser provados; (iv) impedir que outros sujeitos da investigação, como os presumíveis ofendidos, tenham revelados fatos prejudiciais à sua honra e reputação social.

As duas primeiras categorias acham-se voltadas à finalidade da eficiência (a melhor elucidação dos fatos investigados), ao passo que as duas últimas ligam-se a fins garantísticos (a preservação da integridade moral de todos os partícipes dessa atividade)⁽⁶⁾.

Em primeiro lugar, o sigilo no inquérito atende ao interesse da investigação (portanto, do Estado, enquanto condutor dessa atividade preliminar). Nele reside, conforme **Francesca Molinari**, o *segredo interno*, calcado na exigência de salvaguardar o correto e eficaz desenvolvimento das investigações de intervenções, sobretudo do investigado, tendentes a destruir ou ocultar as fontes de prova, comprometendo a eficiência da Justiça. Já a razão do *segredo externo*, antes estribada na tutela do convencimento do juiz, na última década se justificaria porque a crescente atuação da imprensa, em alguns casos, tende a orientar em sentido diverso a opinião pública, criando um convencimento errôneo ou excessivo acerca da culpabilidade (ainda indefinida) do sujeito envolvido⁽⁷⁾.

O segredo interno (implicativo, é claro, também do externo) volta-se precipuamente à pessoa do investigado e/ou a seu advogado e prescinde de decreto judicial, por ser da essência mesma de certos atos, como a interceptação telefônica, cujo êxito depende de ser desconhecida dos seus destinatários, ao menos no período de duração da medida, sendo certo que, ao incorporar-se aos autos do inquérito, não haverá razão para negar-se o acesso do material colhido ao investigado. Assim também ocorre com a diligência de busca e apreensão, que, sob pena de tombar frustrada, deve manter-se sob a máxima discrição ao menos até o seu início, a partir de quando poderá, inclusive, ser acompanhada pelo investigado.

Já o segredo externo, quando decretado (sempre por decisão judicial, visto implicar refreio a liberdades fundamentais), visa a evitar prejuízo quer ao eficaz desenvolvimento das investigações (logo, à administração da Justiça, ao que **Aury Lopes Jr.** denomina de utilitarismo judicial⁽⁸⁾), quer à honra (respeito à integridade moral do preso — art. 5º, XLIX, da CR) e à intimidade do investigado e dos demais agentes envolvidos na investigação. Segundo doutrina de **Robert Alexy**, os princípios albergam diretrizes sobre deveres, direitos fundamentais, pretensões, interesses. Quando entram em conflito numa situação de fato, a solução consiste não em eliminar um deles do sistema, ou declarar a sua invalidez, ou introduzir-lhe exceções. Soluciona-se tal colisão estabelecendo, entre os princípios, uma relação de *precedência condicionada*, de modo que, em cada caso, indicam-se as condições sob as quais um princípio precede ao outro, por ter maior peso naquele caso concreto⁽⁹⁾. Logo, o direito à

informação e o direito à intimidade do indivíduo, ambos de matriz constitucional, devem ser contrabalançados, podendo-se extrair a prevalência da intimidade sobre interesses que, no caso concreto, apresentem-se meramente expositivos de sua imagem, para fins predominantemente comerciais.

Destina-se o segredo externo unicamente aos terceiros, estranhos à atividade investigativa, seja a mídia, que tem trabalho assíduo nas operações de maior repercussão, sejam os curiosos em geral. Portanto, sob o pálio de sua decretação, não é dado negar aos investigados e respectivos defensores o acesso ao caderno investigativo.

A leitura que se propõe ao art. 20 do CPP importa considerar a premissa (implícita no sistema) de que a investigação criminal, embora em seu nascedouro contenha uma etapa cognitiva inicial de segredo⁽¹⁰⁾, é pública e assim caminha, cumprindo à autoridade policial assegurar o sigilo quando, em certo momento, ele se fizer necessário para se poder avançar nessa tarefa reconstrutiva, sendo mantido por um lapso temporal determinado (e não perpétuo), ditado pelo interesse que o sigilo, na hipótese, visar proteger.

A publicidade, enfim, não pode ser vista senão como regra a guiar a investigação, malgrado a existência de episódios em que o sigilo (justamente em função daquela máxima, a da eficiência) faz-se premente, momentos esses que constituem, na fase investigativa como na processual, exceção — e, como tal, comportam interpretação e aplicação restrita.

Essa postura emerge como a mais consentânea aos anseios democráticos de nossa Constituição, distanciando-se de conotações típicas de regimes autoritários, nos quais o investigado é tomado como mero objeto da ação repressiva do Estado, sujeito a toda sorte de juízos prévios de culpabilidade e mantido alheio às providências preliminares ao exercício da ação penal. ●

Notas

- (1) Embora etimologicamente tenham sentidos diversos, no texto as palavras sigilo e segredo são usadas como na linguagem comum, como se sinônimas fossem.
- (2) E aqui nos referimos a outras esferas de investigação em plena atividade em nosso sistema, como são os inquéritos judiciais (restritos aos crimes de competência originária de tribunais), os inquéritos parlamentares, materializados nas CPIs, as investigações perpetradas pelo Ministério Público e mesmo aquelas, em menor escala, levadas a cabo por particulares.

- ➔ (3) Abstraída a celeuma sobre a possibilidade, em nosso país, da investigação criminal autônoma pelo Ministério Público, destacamos a regra contida na Resolução nº 13/2006, do CNMP: “Art. 13. Os atos e peças do procedimento investigatório criminal são públicos, nos termos desta Resolução, salvo disposição legal em contrário ou por razões de interesse público ou conveniência da investigação.”
- (4) “Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.”
- (5) Propõem alterar o Código de Processo Penal, nesse aspecto, o PL 730/1999, da Câmara dos Deputados, que determina condições de sigilo na condução do inquérito policial, e o PL 305/2003, do Senado Federal, que pretende determinar o sigilo do inquérito, bem como tipificar o crime de violação de sigilo policial. Este último encontra-se à espera de votação na CCJ do Senado, com voto do relator por sua rejeição.
- (6) Note-se que as expressões legais “elucidação do fato” e “interesse da sociedade”, contidas

no art. 20 do CPP, embora de conteúdo aberto, guardam sentidos, senão idênticos, muito aproximados, relacionando-se ambas ao objetivo de eficiência da investigação: no primeiro caso, à eficiência buscada pelo Estado no cumprimento do seu dever investigativo e, no segundo, à eficiência esperada pela sociedade, que tem interesse no esclarecimento da (i)licitude das condutas praticadas por seus membros. Não se preocupou, portanto, o legislador, num primeiro momento e de forma específica, com o sigilo necessário à proteção da intimidade dos envolvidos na investigação, o que não significa não deva ser ele, à luz do art. 5º, LX, da CR/88, considerado quando da apreciação do cabimento do segredo investigativo.

- (7) MOLINARI, Francesca Maria. *Il Segreto Investigativo*. Milano: Giuffrè, 2003, pp. 245-252.
- (8) LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 118-120.
- (9) ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de los Estudios Po-

líticos y Constitucionales, 2001, pp. 91-92.

- (10) Luigi Carli explica que, por permanecer o delito, durante algum tempo, escondido e desconhecido seu autor, parte-se de uma situação de “desvantagem cognoscitiva” do investigador (Estado), donde o recurso ao segredo das investigações, um óbice ao conhecimento das informações por terceiros, que ocorre ao menos no início das investigações, tanto no plano interno como no externo, impedindo-se a divulgação do que possa revelar a direção da atividade investigativa (CARLI, Luigi. “Indagini preliminari e segreto investigativo”. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 37, 1994, p. 763).

Danielle Souza de Andrade e Silva

Juíza federal em Pernambuco, doutoranda em Direito Processual e integrante do projeto de pesquisa “Eficiência e Garantismo no Processo Penal”, coordenado pelo professor **Antonio Scarance Fernandes** (USP)

PRONÚNCIA – IN DUBIO PRO SOCIETATE

José Roberto Antonini

Ainda que se pense diferentemente, tenho para mim que o acima expresso envolve grave equívoco jurídico, na acepção em que a frase é rotineiramente empregada, como tive oportunidade de sustentar anos atrás, em uma primeira formulação a respeito do tema⁽¹⁾.

Os tribunais têm cedido, quase sem exceções, à fórmula que ora se contesta, determinando que, na oportunidade do art. 408 do CPP e restando *dúvida* quanto à autoria do crime e quanto a “*circunstância que exclua o crime ou isente de pena o réu*” (CPP, art. 411), seja o réu *pronunciado*.

Encaminhamento fácil, mas incorreto, pelo que me parece.

Ponderados com acuidade os fundamentos dessa orientação, vê-se que ela contém claro paradoxo, quando considerada perante a Constituição: não há sustentação jurídica alguma sob o enunciado mediante o qual, repita-se, o juiz instrutor, nas causas da competência do Júri, deixe de *impronunciar* o acusado — naqueles casos em que, afastadas com rigor as hipóteses de *ausência de culpabilidade* e de ocorrência de *justificativa*, a prova da autoria não indique *segura e certamente* a solução condenatória — e transfira ao Tribunal Popular a decisão acerca do destino de quem — pelo até então apurado — não é mais que um *suspeito* de haver, culpável e ilicitamente, praticado a ação típica.

Por meio de uma *frase feita*, ligeiramente remete-se a decisão sobre o mérito da

demanda ao *juiz natural*, afrontando-se porém, indistintamente, a própria Constituição da República.

O julgamento pelo Júri é uma “*garantia fundamental*” — assim está com todas as letras registrado no art. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição — em virtude do que jamais será possível que dessa espécie de julgamento resulte *prejuízo* ao acusado, no cotejo com o julgamento realizado pelo juiz singular.

Pela configuração que ao Júri deu o Código de Processo Penal (arts. 406 a 497), com a característica de que a decisão dos jurados não se esteia em fundamentação explícita, mas somente em sua convicção íntima, *de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça* (art. 464 do CPP) — claro está que a *dúvida*, apesar da qual tenha o réu sido pronunciado, *pode* levar a resultado condenatório sem que exista *certeza* a respeito de quem seja o autor do fato e de que a seu favor não recaiam as circunstâncias do citado art. 411.

Reflita-se, neste ponto: é razoável confiar que o jurado, leigo, após assistir a *debate oral* a respeito da causa, chegue a alguma *certeza* — embora o juiz profissional (com habilitação técnica, dispondo de vagar para o estudo dos autos e contando com os meios de elucidação referidos no art. 407 do CPP) não tenha eventualmente conseguido eliminar a *dúvida*?

É de ver igualmente que não procede o argumento de que após a pronúncia *pode-*

não ser produzidas novas provas, eventualmente esclarecedoras de aspectos até então obscuros (CPP, arts. 417, § 2º; 421, parágrafo único; 425; 467; 468 e 477): trata-se de ocorrência apenas *hipotética*, que por isso mesmo não afasta a *hipótese* de o réu ser condenado *sem provas suficientes da autoria* ou pendente *dúvida* quanto à incidência de circunstância que exclua o crime ou isente de pena o réu.

Essa *hipótese* de condenação *duvidosa* não se compadece com o imperativo de resguardo da dignidade da pessoa humana.

Nada pode haver mais contrário aos princípios democráticos, com tanta ênfase enunciados no art. 1º da Constituição da República, particularmente o do respeito à *dignidade da pessoa humana* (alínea III) — que uma sentença criminal condenatória sem o sustentáculo da *certeza*, ou uma sentença criminal condenatória *duvidosa* em seus fundamentos, aviltante condenação criminal por *parecença*, por *aproximação*, condenação por *azar*⁽²⁾.

Alega-se, contudo, em sentido contrário ao aqui preconizado, que o Júri é o *juiz natural* da causa, razão pela qual ela não pode ser subtraída ao seu conhecimento.

Este argumento, porém, tem contra si dois outros, mais fortes, um deles de nível constitucional.

Veja-se primeiro que, valesse o raciocínio de que o conhecimento da causa não possa ser barrado à competência do Júri por ser este o seu *juiz natural*, não seria de

➔ admitir-se, com o mesmo fundamento, a *impronúncia* e a *absolvição sumária*, previstas nos arts. 409 e 411 do CPP.

O Júri é o juiz natural da causa, sim, mas em sistema escalonado, em que a demanda passa antes pelo controle do juiz togado, assumindo o Tribunal Popular o caráter de juízo superior, confirmatório ou derogatório da decisão de pronúncia.

Em segundo lugar — principalmente — sendo o Júri uma *garantia individual* do acusado, não há brecha pela qual se possa aceitar fique este — réu em causa da competência do Júri — em situação processualmente *subalterna* à dos réus não favorecidos pela garantia constitucional: ali bastam *indícios* de autoria, *probabilidade* de que o réu tenha agido *culpável* e *ilicitamente* — aqui se exige prova plena, certeza absoluta!

Aliás, pondere-se que o *juízo natural* é também, com a mesma força, uma *garantia individual* (art. 5º, LIII, da Constituição), mais uma razão pela qual não poderá jamais induzir a prejuízo imposto ao réu.

Este é o paradoxo em que se enreda a jurisprudência predominante em nossos tribunais, quando se socorre da dubitativa frase latina.

A solução correta, lógica, é que a *pronúncia* decorra da *convicção* do juiz instrutor de que o réu deva ser condenado, *convicção* firmada na *certeza* probatória quanto aos pressupostos de condenação, quer dizer, *materialidade*, *autoria*, *antijuricidade* e *culpabilidade*⁽³⁾, adequadamente expostos na sentença — vindo a posterior e soberana manifestação do Júri como *confirmação* (o traço da *garantia individual* estabelecida na Constituição) do preliminarmente decidido na pronúncia, ou como *rejeição* daquele prévio juízo condenatório, sempre soberanamente e de acordo com motivação que os jurados *não explicitam*.

No art. 408 do CPP, onde está “indícios” de autoria, deve-se ler, em *interpretação conforme* à Constituição Federal⁽⁴⁾, “prova suficiente da autoria”, expressão harmônica com a que se encontra no art. 386, VI, do mesmo CPP: subsistindo no espírito do juiz togado *dúvida* quanto à autoria, impõe-se-lhe que a acusação seja julgada improcedente (art. 409 do CPP),

em estrita conformidade com a regra do referido art. 386, VI, isto é, por *insuficiência* de prova.

Igual deve ser a interpretação do art. 411 mencionado, de sorte que o juiz *impronuncie* o acusado quando permaneça *em dúvida* a respeito das circunstâncias referidas no dispositivo.

A interpretação *literal* dos arts. 408 e 411 do CPP *pode* levar à violação do art. 1º, III, da Constituição da República, e à *desfiguração* da *garantia fundamental* de que aqui se cogita (art. 5º, XXXVIII), tornando-a *dano*sa a quem devia *favorecer*.

O que conduz à *certeza*, pressuposto do juízo condenatório, é a *prova plena*, não o

mero e equívoco *indício*, o qual, forte que seja, não permite superar-se a fronteira da *probabilidade*, filha da *dúvida*, insuficiente para condenação criminal⁽⁵⁾. Quando a prova *balança*, como se diz na linguagem coloquial dos pretórios, é imprecisa que o réu seja *impronunciado*.

Ao Estado é concedido valer-se dos mais amplos meios investigatórios para exercer a persecução penal, até mesmo após a sentença de *impronúncia* (art. 409, parágrafo único, do CPP), no intuito de comprovar limpidamente a responsabilidade do autor do fato criminoso. Mas *não pode* o Estado, por contrário à Constituição, açodadamente expor um mero *suspeito* aos azares do julgamento pelo Tribunal Popular, o qual, como é de seu caráter, não mostra os fundamentos de suas decisões.

Considere-se também que a Constituição, ao mandar que as decisões judiciais sejam *fundamentadas* (art. 93, IX), está a determinar que haja compatibilidade entre a decisão e seus pressupostos, que hão de ser patenteados, neste caso, na decisão de pronúncia (os jurados, insista-se, não revelam os motivos de suas opções), conjuntura que evidentemente não se verifica (em prejuízo do réu) quando ela, a decisão de pronúncia, não vem calçada em *prova* dos pressupostos de decisão condenatória, mas em simples *indícios* ou *probabilidades*, fundamento insuficiente, como elementarmente sabido, para autorizar conclusão punitiva.

Fora da interpretação aqui demanda-

da, há só uma alternativa condizente com a Constituição: *facultar* ao acusado de crime da competência do Júri que *abra mão* de sua específica garantia constitucional, para ser julgado pelo juízo singular, como qualquer outro réu não favorecido pela garantia específica e individual.

In dubio pro societate é frase que, a bem dizer — no contexto da Constituição Federal e considerando-se que ela traduz as mais altas aspirações da sociedade — só pode ser entendida na acepção de que, restando *dúvida* quanto a qualquer dos pressupostos da condenação, deva o réu ser *impronunciado*.

Na *dúvida*, com a Constituição, com a sociedade, pela dignidade da pessoa humana, contra a condenação criminal *por acaso*! ☪

Notas

- (1) Revista dos Tribunais, 756/465, outubro de 1998.
- (2) José Afonso da Silva. *Comentário Contextual à Constituição*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 39: “Porque a dignidade acompanha o homem até sua morte, por ser da essência da natureza humana, é que ela não admite discriminação alguma e não estará assegurada se o indivíduo for humilhado, discriminado, perseguido ou depreciado”.
- (3) José Frederico Marques. *Elementos de Direito Processual Penal*. 1ª ed., vol. 3, Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1962, p. 48: “Assenta-se a condenação em prova de que o acusado praticou fato típico, ilícito e culpável”.
- (4) Luís Roberto Barroso. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 7ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003, pág. 313.
- (5) Veja-se a lição do clássico Antonio Dellepiane: “Do exposto se depreende que o fundamento racional da prova indiciária vem a ser, no fundo, o princípio de razão e que andam acertados os autores ao afirmarem que a prova por concurso de indícios se reduz, em última análise, a um balanço de probabilidades suscetíveis de provocar no espírito uma certeza moral muito grande mas que, contudo, não chega à certeza pura e simples, dado que nunca se acha rigorosamente eliminada a hipótese do azar” (Teoria da Prova. Campinas: ME Editora e Distribuidora, 2001, pp. 103/104, negritei). Ou a forte e breve conclusão do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Afinal, a probabilidade, ainda que alta, não passa de um juízo de incerteza” (Des. Fonseca Tavares – Acórdão 58.302-0/8-00 – Sorocaba – Câmara Especial – julgamento em 24/8/2000 – votação unânime – in: Jurisprudência da AASP TJSP – n.º 2.363 – 19 a 25/4/2004 – negritei). Ou, ainda, na versão do Tribunal de Justiça do Paraná: “Um juízo de probabilidade, por mais robusto que se apresente, não legitima, na esfera penal, a certeza absoluta para justificar a resposta punitiva. Apelação conhecida e provida” (Des. Jorge Waguah Massad – Ap. 388.894-4 – 5ª Câmara – j. 15.02.2007 – DOE 09.03.2007 – Boletim IBCCRIM n.º 174 – maio – 2007 – p. 1.088 – negritei).

José Roberto Antonini
Advogado

CABIMENTO DE PERÍCIA EM SEDE DE JUSTIFICAÇÃO PRÉVIA DE NATUREZA CRIMINAL

Leônidas Ribeiro Scholz e Andre Pires de Andrade Kehdi

Já se afirmou não se prestar a denominada justificação prévia à realização de exame pericial, visto que o Código de Processo Civil, diploma que rege especificamente o instituto, limita-se a dispor: “a justificação consistirá na inquirição de testemunhas sobre os fatos alegados, sendo facultado ao requerente juntar documentos” (art. 863 – grifamos).

Esse, o pensamento de **Damásio Evangelista de Jesus** em seu *Código de Processo Penal Anotado*⁽¹⁾. Na mesma linha, autores de peso como **Hélio Tornaghi** (*Curso de Processo Penal*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, v. 2, p. 218), **José Frederico Marques** (*Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, v. 2, p. 294) e **Vicente Greco Filho** (*Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 398) embora não enfrentem diretamente a questão, mencionam, como passível de produção em referida medida preparatória, apenas a *prova testemunhal*.

Insustentável, porém, tal concepção restritiva.

Como é cediço, condenação penal legítima, num Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF), pressupõe, por força da imprescindibilidade do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), a concretude da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, CF) e, pois, provas que, lícitamente obtidas (art. 5º, LVI, CF), evidenciem, *sem nenhuma dúvida razoável*, a procedência do pedido acusatório. **In dubio pro reo!**

Mas não é só. Nos domínios do processo criminal, é a liberdade, bem jurídico de destacado relevo entre os prioritariamente tutelados pela Lei Fundamental, que está no centro da arena, em jogo, na berlinda. Por isso e por conta da inevitável falibilidade humana, permite-se, a qualquer tempo — inclusive após a morte do condenado —, a revisão dos processos penais findos.

Para que não reine a insegurança jurídica, contudo, só se admite o sacrifício da *coisa julgada* (art. 5º, XXXVI, CF) em hipóteses excepcionais, elencadas no art. 621 do Código de Processo Penal⁽²⁾:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do

condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.”

Na primeira, basta o confronto entre o que juridicamente se decidiu e a lei ou a reavaliação da prova já existente nos autos. Sustenta-se tratar-se, no ponto, de *revisão imprópria*, posto que mais assemelhada a situação a um *terceiro* exame do mesmo processo (**QUEIJO, Maria Elizabeth**. *Da Revisão Criminal*. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 206/209).

Na segunda e na terceira, por outro lado, há **prova nova**. O reexame do caso, portanto, não se desenvolve apenas à luz dos elementos de convicção recolhidos ao longo da instrução processual; é necessário que o requerente produza e apresente, com o pedido de revisão, ou a prova da falsidade alegada ou da inocência (ou, ainda, do motivo hábil a reduzir a pena).

Nesse caso, a imperiosidade da produção antecipada desses elementos revela-se ainda mais patente ante a aferição de que os tribunais, assim como a doutrina⁽³⁾, majoritariamente não admitem a produção de provas no curso do próprio pedido revisional (*v.g.*: RT 823/601).

Daí, a redobrada impropriedade do entendimento de que na justificação prévia de índole criminal não se possa produzir prova pericial. Sobretudo, por significar ele, ainda que obliquamente, negar acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV, CF): suprime, na hipótese de depender a “nova” prova de inocência do sentenciado de comprovação pericial, o *único* meio então disponível para, buscando sua materialização, eventualmente autorizar, depois, o manuseio da Revisão Criminal.

E também por solapar o igualmente fundamental postulado da isonomia (art. 5º, *caput*, CF), na medida em que impõe tratamentos processuais distintos a indivíduos em situações substancialmente idênticas: o condenado cuja inocência comportar demonstração por prova testemunhal poderá valer-se da justificação prévia para perseguir a rescisão da coisa julgada criminal; já aquele que, para tanto, necessitar, fundamentalmente, de prova pericial, não.

Como se vê, não é constitucional, não é justo e não é sequer apenas aparentemente razoável sustentar tal e tão discriminatória vedação.

Afinal, pelas suas características e precisão, “*não raro, a prova pericial é de-*

cisiva para a elucidação do crime e esclarecimento da verdade” (**BARROS, Marco Antonio de**. *A Busca da Verdade no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2002, p. 202). É, em verdade, por natureza assaz mais segura do que a testemunhal!

Por essas e outras, pacífica, hoje, a orientação de que o pedido de justificação prévia, desde que não encerre pretensão *imoral* ou *ilegítima*, deve ser deferido (TJSP: 6ª Câmara Criminal, HC 313.941-3, rel. des. **Lustosa Goulart**, j. 25.05.2000, *v.u.*; 3ª Câmara Criminal, Apel. 245.323-3, rel. des. **Walter Guilherme**, j. 18.08.1998, *v.u.*; RT 778/574 etc.).

Não por acaso, pois, preleciona a moderna doutrina que, na medida processual em tela, pode o peticionário “**pretender a inquirição de testemunhas, realização de prova pericial, colheita de documentos, entre outras diligências. Assim, com prova pré-constituída em mãos, poderá ingressar com o pedido revisional, onde não se deve, como regra, produzir prova**” (**NUCCI, Guilherme de Souza**. *Código de Processo Penal Comentado*. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 971 – grifamos).

Quanto mais não fosse, especificamente no que concerne à pertinência, em sede de justificação prévia, da produção de prova pericial para fins de futura Revisão Criminal:

“**Justificação judicial - Realização de perícia - Cabível.**

Não se aplica, na revisão criminal, o previsto no art. 863 do CPC. Ocorre que, em processo penal, diante do princípio da verdade real, não há, em regra, limitação à produção de prova. O limite se estabelece apenas em relação ao estado das pessoas e às provas ilegítimas e ilícitas. Deste modo, entendendo o condenado que a perícia é capaz de demonstrar sua inocência, ou beneficiá-lo de outro modo, não se pode negar a sua produção em pedido de justificação judicial. Até porque, tendo em vista a unânime posição das Cortes, a produção da prova só pode ser feita no 1º Grau. A negativa, como ocorre aqui, impedirá, como declarou o recorrente, a sua defesa e o seu acesso ao Poder Judiciário através de futura ação revisional” (TJRS, 7ª Câmara Criminal, Apel. 70013657739, rel. des. **Sylvio Baptista Neto**, j. 26.01.2006, *v.u.* – *g.n.*).

Ou seja: nada como ler, interpretar e aplicar as leis ordinárias em consonância com o texto e o contexto do Pacto Fundamental. ◉

Leônidas Ribeiro Scholz e Andre Pires de Andrade Kehdi

CABIMENTO DE PERÍCIA EM SEDE DE JUSTIFICAÇÃO PRÉVIA DE NATUREZA CRIMINAL

Notas

- (1) "Perícia. É inadmissível nas justificações (TA-CrimSP, RT 477/383)", 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 340.
- (2) Além da hipótese de nulidade, que pode ser extraída do art. 626 do CPP.
- (3) "Incumbe ao peticionário demonstrar a prova da falsidade, preconstituindo-a ao pedido revisional. A prova não pode ser promovida no próprio processo da revisão"

(AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 296); ver também TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2., p. 366. Em sentido contrário: GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recurso no Processo Penal*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 323 e 325.

Leônidas Ribeiro Scholz

Advogado criminal em São Paulo, sócio-fundador do IBCCRIM e conselheiro do IDDD – Instituto de Defesa do Direito de Defesa

Andre Pires de Andrade Kehdi

Advogado criminal em São Paulo, especialista em Direito Penal Econômico pela Univ. de Coimbra/IBCCRIM e membro do IDDD – Instituto de Defesa do Direito de Defesa

Leônidas R. Scholz e...

Cursos e Eventos

CURSOS E EVENTOS

SIMPÓSIO CRIMINALIDADE E VIOLÊNCIA: POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE BELO HORIZONTE/MG

Realizadores: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - TJMG; Instituto dos Advogados de Minas Gerais - IAMG; Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Minas Gerais - OAB/MG; Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM e Instituto de Ciências Penais - ICP.

Apoio: Associação dos Magistrados Mineiros - AMAGIS

Data: 6, 7 e 8 de Agosto de 2007

Local: Auditório da OAB/MG (Rua Albitea, 250 - Cruzeiro)

Inscrições: A partir do dia 15/07 na OAB/MG - (31) 2102-5915 / 2102-5958 ou na Escola Superior de Advocacia da OAB/MG (31) 2102-8282.

Vagas limitadas.

Investimento:

R\$ 50,00 para profissionais de Direito e R\$ 30,00 para estagiários inscritos na OAB/MG e acadêmicos de Direito. Membros das instituições organizadoras deverão verificar os valores junto à secretaria do evento.

Importante:

A expedição de certificado está condicionada à frequência mínima de 75%.

I SEMINÁRIO DE DIREITO TRIBUTÁRIO E DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO CANOAS/RS

Promoção: Centro Universitário Ritter dos Reis (Uniritter) Canoas - RS

Data: 28 a 30 de agosto de 2007

Palestrantes confirmados: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Derocy Giacomo Cyrillo da Silva, Humberto Ávila, José Diogo Cyrillo da Silva, Leandro Paulsen, Norberto Flach, Pedro Adamy e Rafael Pandolfo.

Informações: www.uniritter.edu.br

Importante: 50% de desconto na inscrição para sócios do IBCCRIM

VI CONGRESSO TRANSDISCIPLINAR DE ESTUDOS CRIMINAIS PORTO ALEGRE/RS

Apoio: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, Escola Superior de Advocacia da - ESA - OAB/RS, Instituto de Hermeneutica Jurídica - IHJ, Movimento Antiterror e Jornal Estado de Direito

Realização: Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS e Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais - ITEC

Tema: *Direito Penal Econômico e Nova Criminalidade*

Data: Dias 30 e 31 de agosto de 2007

Local: Prédio 41, Centro de Eventos da PUC/RS

Informações: www.itecrs.org

PROGRAMA DE CAPACITAÇÃO DE PROFISSIONAIS DA ÁREA DA SEGURANÇA PÚBLICA - SÃO PAULO/SP

"Políticas de Segurança Pública, Polícias e Ações de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas no Brasil"

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais foi escolhido pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), por meio do Projeto de Combate ao Tráfico de Pessoas (TIP), para ministrar o curso "Políticas de Segurança Pública, Polícias e Ações de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas no Brasil", voltado para a capacitação de profissionais de segurança pública, sobretudo policiais.

Com duração de uma semana e com vagas abertas para 45 participantes, o curso será realizado na sede da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp) entre os dias 27 e 31 de agosto.

As inscrições são gratuitas para policiais e podem ser feitas até o dia 10 de agosto pelo site do IBCCRIM - www.ibccrim.org.br

POSSE DA SEGUNDA COMPOSIÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

A Diretoria Executiva do IBCCRIM cumprimenta o dr. Rui Stoco por integrar o Conselho Nacional de Justiça.

UM NOVO REQUISITO PARA A LIBERDADE?

Fabiana Pinheiro Freme Ferreira, Filipe Henrique Vergniano Magliarelli,
Hugo Leonardo, Irineu João Simonetti Filho
e Otávio Dias de Souza Ferreira



"Infelizmente, a justiça humana é feita de tal maneira que não apenas se faz sofrer as pessoas porque são culpadas, mas também para saber se são culpadas ou inocentes."

Francesco Carnelutti

O Instituto de Defesa do Direito de Defesa - IDDD tem se insurgido contra práticas de juízes do Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária do Estado de São Paulo (DIPO) de vincular a apreciação ou mesmo de não mais apreciar pedidos de liberdade provisória ou relaxamento de prisão em flagrante, enquanto não fosse juntado instrumento de mandato. A respeito dessa prática, diversos órgãos foram cientificados, a saber: a Seccional de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil, a Associação dos Advogados de São Paulo, a Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo e o próprio DIPO.

Para justificar essa prática, argumentam que, caso o réu resolvesse fugir no decorrer de futura e eventual ação penal, a regular constituição de defensor impediria a suspensão do feito, nos termos do artigo 366, do CPP. Outrossim, sustentam que a manutenção da prisão viabilizaria uma futura citação pessoal. Há posicionamento, ainda, no sentido de que a necessidade da procuração para a apreciação de pedidos de liberdade e eventual deferimento depende da análise do caso concreto.

É importante ressaltar que essa prática não é unânime naquele Departamento, havendo magistrados que se manifestaram contrariamente a isso e, inclusive, alguns que admitiram mudança de entendimento.

O retardamento da análise de pedidos de liberdade viola garantias fundamentais como os direitos à liberdade⁽¹⁾, à celeridade processual⁽²⁾, à dignidade da pessoa humana⁽³⁾, o direito de petição⁽⁴⁾ e a garantia de acesso ao Judiciário⁽⁵⁾.

O Superior Tribunal de Justiça corroborou esse entendimento, ressaltando que:

"A garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório, a instrumentalidade do processo e o acesso à Justiça, em detrimento do apego exagerado ao formalismo, autorizam a aplicação da melhor interpretação possível dos comandos processuais, para se permitir o equilíbrio na análise do direito material em litígio"⁽⁶⁾.

A procuração não é requisito para o reconhecimento de ilegalidade de flagrante ou concessão de liberdade provisória. Tanto assim, que a prisão ilegal deve ser revogada de ofício pelo juiz (art. 5º, inc. LXV e LXI, CF).

Nesse sentido, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil autoriza o advogado a atuar sem procuração em caso de urgência, ficando obrigado a apresentá-la no prazo de 15 dias, prorrogáveis por igual período (§ 1º, art. 5º, Lei 8.906/94). Nosso ordenamento permite ainda a impetração de *habeas corpus* por qualquer pessoa, *"em seu favor ou de outrem"* (art. 654, CPP), sem qualquer exigência de juntada de instrumento de mandato. Inclui-se a legislação processual civil que, em geral, versa sobre assuntos menos extremos do que o cerceamento da liberdade e é mais inclinada ao formalismo, permite ao advogado atuar sem procuração, desde que se comprometa a juntá-la no prazo de 15 dias, prorrogáveis por igual período (art. 37 do CPC).

Aliás, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou a esse respeito, entendendo que não é legítimo o excesso de formalismo em detrimento do direito de defesa:

"A falta de diligência da defesa em juntar prova de sua nomeação não pode prejudicar o réu que foi defendido desde o interrogatório, até a fase recursal, pelo mesmo defensor. Habeas corpus deferido para que a autoridade apontada como coatora conheça do Agravo de Instrumento, sob pena de cerceamento de defesa"⁽⁷⁾.

De outra parte, cumpre destacar que a prisão é degradante, privando o indivíduo das condições inerentes à sua natureza humana. Conclui **Luigi Ferrajoli** que:

"A prisão é, portanto, uma instituição ao mesmo tempo antiliberal, desigual, atípica, extralegal e extrajudicial, ao menos em parte, lesiva para a dignidade das pessoas, penosa e inutilmente aflitiva. Por isso resulta tão justificada a superação ou, ao menos, uma drástica redução da duração, tanto mínima quanto máxima, da pena privativa de liberdade, instituição cada vez mais carente de sentido, que produz um custo de sofrimentos não compensados por apreciáveis vantagens para quem quer que seja"⁽⁸⁾.

Com efeito, a regra do ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade (art. 5º, LXVI, da CF), sendo a prisão considera-

da a *ultima ratio* entre todos os meios de coerção estatal. A custódia cautelar tem um papel ainda mais excepcional, sendo admitida apenas quando presentes todos os requisitos legais que justifiquem a medida, uma vez que a privação da liberdade tem natureza eminentemente punitiva. Porquanto seja cautelar, deve atender necessariamente a critérios ainda mais rigorosos, obedecendo, assim, ao princípio da não-culpabilidade.

Frise-se que não há entre os requisitos que autorizam a concessão da liberdade provisória exigência de instrumento de mandato. Logo, o excesso de formalismo nesse caso não encontra amparo em qualquer dispositivo legal e atenta contra os princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

A ordem constitucional prevê a tripartição de poderes como meio de fiscalização e controle institucional, cabendo ao Judiciário a observância da legalidade, para cuja tarefa deve manter-se isento. **Alberto Silva Franco** ensina com precisão que *"é inafastável, no Estado Social e Democrático de Direito, uma ligação muito estreita entre o juiz e a Constituição. Entre os dois deve vigor uma relação de intimidade: direta, imediata, completa"*⁽⁹⁾. É o que se espera de nossos magistrados! 

Notas

- (1) Art. 5º, *caput*, da CF.
- (2) Art. 5º, LXXVIII, da CF e art. 8º, § 1º, do Pacto de São José da Costa Rica.
- (3) Art. 1º, III, da CF.
- (4) Art. 5º, XXXIV, *a*, da CF.
- (5) Art. 5º, XXXV, da CF.
- (6) AgRg no Ag 735423/RS; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento, ministro **Arnaldo Esteves Lima**, T5 – 5ª Turma, 06/06/2006, 2006/0006779-8, DJ 26.06.2006 p. 192.
- (7) STF, 2ª T., HC 87.008, rel. min. **Joaquim Barbosa** – j. 08.05.2007.
- (8) **Luigi Ferrajoli**. *Direito e razão*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, fl. 331.
- (9) **Alberto Silva Franco**. "Os figurantes do Sistema Penal". In *Direitos Humanos (textos reunidos)* – Revista do Ilanud nº 17. São Paulo: Imprensa Oficial, 2001, fl. 12.

Fabiana Pinheiro Freme Ferreira,
Filipe Henrique Vergniano Magliarelli,
Hugo Leonardo,
Irineu João Simonetti Filho e
Otávio Dias de Souza Ferreira
Advogados criminalistas associados
ao Instituto de Defesa do Direito
de Defesa – IDDD

Quando se fala em sistema acusatório, logo vem à mente as fundamentais lições de **Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**⁽²⁾, ou seja, de que o sistema acusatório é fundado pela inexistência de poderes instrutórios do julgador — e não somente pela publicidade, oralidade, e os outros princípios comumente vinculados ao sistema oposto ao inquisitivo. No sistema acusatório temos a máxima do processo como *actum trium personarum*, desenvolvida por **Bülow**⁽³⁾, valendo referir a máxima: o acusador que acuse o juiz que julgue e o réu que se defenda.

Em outras palavras, no sistema acusatório não é lícito ao juiz ir atrás da prova. A gestão e iniciativa probatória incumbe às partes — ou seja, acusador e defesa — sendo que somente ao acusador é atribuída uma “carga probatória”, no léxico goldschmidtiano, de modo que somente ele deve libertar-se da carga, produzindo a prova.

Tais razões parecem quicá óbvias (em que pese o Código de Processo Penal vigente ser eivado de dispositivos que rompem com o sistema acusatório — e o que é pior, muitas vezes avalizado pela doutrina *manualesca* insossa), até porque vivemos hoje um paradigma constitucional que exige a radical separação entre as funções institucionais de acusar, julgar e defender. Mas não basta a separação inicial: deve ela ser mantida ao longo de todo o processo penal, não cabendo ao juiz, em momento algum, “descer” e buscar a prova.

Contudo, imaginem um autor desenvolvendo este pensamento, na verdade esta crítica, no ano de 1857. Mais, considere que este autor é brasileiro, ou seja, que escreveu isto em pleno Brasil imperial.

Como o título sugere, este autor se chama **José Antônio Pimenta Bueno** e a obra que nos referimos seus “Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro”⁽⁴⁾.

Sem dúvida um dos maiores juristas que este país já teve, **Pimenta Bueno**, além de ser conhecido entre os grandes constitucionalistas, bem como, nome de referência no Direito Internacional Privado, foi um autor de processo penal com um pensamento anos-luz adiante de seu tempo (e que ainda continua distante, pelo menos da nossa realidade e de parte da doutrina).

A referida obra de processo penal de **Pimenta Bueno**, além de fazer uma rápi-

da digressão acerca da fundamental distinção entre processo penal e processo civil (em meados do século XIX já temos uma forte crítica à teoria geral do processo!), traça linhas certeiras sobre a problemática dos poderes instrutórios de um magistrado.

Antes de **Bülow**⁽⁵⁾ sistematizar o que foi proposto por **Búlgaro**, ou seja, de que o processo é um *actum trium personarum*, vale dizer, que cada ator do processo desenvolve somente uma função, **Pimenta Bueno** sustentava que *sine accusatore nemo condemnatori potest* (sem um acusador não se condena). Logo, que “a missão de indagar dos crimes e de seus autores [...] é sem dúvida muito diversa e mesmo incompatível com a missão que autoriza a examinar, apreciar e decidir o valor desses indícios”, fulminando com a afirmação de que julgar é “incompatível com a autorização de proceder ele mesmo a atos de instrução”⁽⁶⁾.

Para além da estrutura dogmática do sistema acusatório, **Pimenta Bueno** discorre sobre o princípio supremo do processo (a expressão é de **Aragoneses Alonso**⁽⁷⁾), qual seja, a imparcialidade judicial, que é ferida de morte quando se rompe com o sistema acusatório (vale dizer, quando o juiz, de ofício, tem iniciativa probatória).

Nas palavras do autor: “o juiz não deve ser senão um juiz, um árbitro imparcial, e não parte”. Observa-se que com esta frase **Pimenta Bueno** inaugurou o que **Prado**⁽⁸⁾ atualmente sustenta ao frisar que não se pode conceber um juiz com poderes de gestão da provas no paradigma constitucional vigente, pois “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador”.

Pode-se dizer que o autor em comentário trabalhou de forma implícita com os conceitos de imparcialidade objetiva e subjetiva desenvolvidos pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH).

Destaca **Lopes Jr.**⁽⁹⁾ que “desde o caso *Piersack*, de 1982, entende-se que a (imparcialidade) subjetiva alude à convicção pessoal do juiz concreto, que conhece de um determinado assunto e, deste modo, a sua falta de pré-juízos”.

Neste mesmo sentido, em 1857, **Pimenta Bueno** escreveu que “ainda mesmo prescindindo dos abusos que essa acumulação (de julgar a acusar) facilita, uma tal

confusão tende por si mesma a desviar o espírito do julgador. Em verdade, quando ele é obrigado⁽¹⁰⁾ a criar em seu próprio espírito as primeiras suspeitas de quem seja o autor do crime, em vez de somente apreciar as que lhe são apresentadas, essas impressões influirão depois de modo perigoso”. Eis a imparcialidade subjetiva na obra do autor.

Aqui calha referir que o autor, em sua época, dava os primeiros contornos do que **Franco Cordero**⁽¹¹⁾ chamou de *primato dell'ipotesi sui fatti* — quer dizer, o julgador já certo da prova que ele mesmo colheu, da “verdade” que “encontrou”, toma-a como a (única) hipótese válida, em detrimento dos fatos que as partes trazem (e devem trazer) à sua presença.

Disto resulta um *quadri mentali paranoide*⁽¹²⁾ do julgador que, pensamos nós, são as chamadas por **Pimenta Bueno** de “impressões perigosas” — são os fatores de convicção (de)formados pelo próprio julgador e que estão acima de toda e qualquer argumentação.

A imparcialidade objetiva, como ensina **Lopes Jr.**, “diz respeito a se tal juiz se encontra em uma situação dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável acerca de sua imparcialidade”.

Sobre isto, nosso autor do século XIX sustentava que, “a dignidade do juiz, seu prestígio, a crença de uma imparcialidade sobre a qual deve descansar a confiança pública, e que deve inspirar o próprio delinqüente, sofrem ou desaparecem”, ao se dar poderes de gestão da prova ao julgador.

Por fim, é mister que se colacione toda a irresignação de **Pimenta Bueno** ao sistema inquisitivo, perfilando-se aos autores que, no século XXI, defendem o mesmo que ele: respeito às garantias não é sinônimo de impunidade, todo o oposto, somente com as garantias constitucionais intactas que se observará um processo penal válido e uma condenação/absolvição (pois são equivalentes axiomáticos, para o juiz) legítima.

Assim, tecia severas críticas ao sistema inquisitivo: “que faz um juiz quando procede ex officio? Constitui-se simultaneamente julgador e parte adversa do delinqüente; dá a denúncia a si próprio, escolhe as testemunhas e inquire-as perguntando o que julga conveniente, e por fim avalia as provas que ele criou, e pronuncia ou não como ele entende! Há nisto garantia alguma?”

Com toda certeza, não. Desde os oitocentos...

Este breve estudo teve como escopo

precípua trazer novamente o nome de **Pimenta Bueno**⁽¹³⁾ para o centro do processo penal, pois, indubitavelmente, ombreia com os mais insígnies processualistas, podendo se dizer que, em termos de delineamento do sistema acusatório, foi, senão “o”, um dos precursores. ●

Notas

- (1) O presente trabalho é resultado parcial das pesquisas desenvolvidas no Projeto “Processo Penal e Estado Democrático de Direito: a instrumentalidade constitucional (garantista) como limitação ao poder punitivo”, desenvolvido na PUCRS, com bolsa de iniciação científica do CNPq, sob orientação do professor dr. **Aury Lopes Jr.**
- (2) **COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda.** “Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro”. In: *Revista de Estudos Criminais*, nº 1, 2001.
- (3) **BÜLOW, Oskar Von.** *La Teoría de las Excepciones Dilatorias y los Presupuestos Procesales*. Trad. **Miguel Angel Rosas Lichtschein** do original de 1868. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964. Como lembra **Lopes Jr.**, “existem antecedentes históricos nos juristas italianos medievais, como **Búlgaro de Sassoferrato** que ao afirmar que *judicium est actus trium personarum, iudicis, actoris, rei contemplava no processo as três partes: o juiz que julgue, o autor que demande e o réu que se defenda. Contudo, foi Bülow quem racionalizou a teoria e, principalmente, a desenvolveu sistematicamente frente ao processo.*”
- (4) Todas as referências de **Pimenta Bueno**, partem da 2ª edição do livro *Apointamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro*, publicado pela editora Empresa Nacional do Diário, no ano de 1857, mais precisamente sobre as páginas 87 e 88.
- (5) Basta que se observe o ano das edições, pois quase uma década os separa, o que não quer dizer que o autor brasileiro tenha sistematizado e aplicado ao processo a idéia de **Búlgaro** antes do alemão, mas quer dizer que seu brilhantismo teve a capacidade de discutir, no Brasil imperial, o que se discutia nas cátedras mais fecundas do continente europeu.
- (6) Em 1857, ano da publicação dos estudos de **Pimenta Bueno**, estava em vigor o Código de Processo Penal do Império, no qual havia a previsão da obrigatoriedade do oferecimento do instrumento, que hoje é equivalente à denúncia, o qual deflagrava a ação processual penal, pelo próprio juiz da causa. Passam-se mais de 150 anos e pouco muda, basta ver que no CPP atual é

facultado ao juiz requerer a abertura do inquérito policial, ou ainda, enviar os autos do inquérito ao procurador geral de Justiça quando o promotor pede o arquivamento e o juiz não entende que seja o caso, afim de que outro promotor o ofereça — só para citar alguns casos.

- (7) **ARAGONESES ALONSO, Pedro.** *Proceso y Derecho Procesal*. Madrid: Erdesa, 1996, p. 127, apud **LOPES JR., Aury.** *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 88.
- (8) **PRADO, Geraldo.** *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional da Lei Processual Penal*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 158.
- (9) Ob. cit., pp. 88 e segs.
- (10) Mais uma vez, aqui **Pimenta Bueno** se refere a antiga obrigatoriedade do juiz oferecer a denúncia à ele mesmo, todavia, pode-se interpretar como qualquer ato que o juiz figure como ator e não como um atento espectador dos atos das partes.
- (11) **CORDERO, Franco.** *Guida alla Procedura Penale*. Torino: Utet, 1986, p. 51, apud **JR., Aury.** *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- (12) Há que se fazer a ressalva feita por **Lopes Jr.**, pois, “mantivemos o termo ‘paranóico’ (de origem grega, significando ‘ao lado de’ e ‘mente’) para ser fiel ao empregado por **Cordero**. Contudo, **Kaplan, Sadock e Grebb** (‘Compendio de Psiquiatria’, pp. 482-487) explicam que atualmente a psiquiatria prefere tratar como ‘transtorno delirante’, pois nem sempre tais delírios são de conteúdo persecutório. Seria um transtorno delirante de tipo persecutório, mas não no sentido de ‘estar sendo perseguido’, senão de que ‘deve perseguir’ para reparar a injustiça sofrida pela vítima (paranóia querelante). A questão poderia ainda ser tratada não no campo da patologia, mas como sentimentos persecutórios. De qualquer forma, são evidentes os prejuízos (decorrentes dos pré-juízos) para a imparcialidade (subjetiva) e o afastamento que deve guardar o julgador (imparcialidade objetiva).”
- (13) **Pimenta Bueno** detinha o título de marquês, além de ter tido uma movimentada vida política. Foi ministro dos Negócios Estrangeiros, ministro dos Negócios da Justiça (Interino e titular), presidente do Conselho de Ministros, conselheiro de Estado, presidente da Província de Mato Grosso, deputado geral, presidente da Província do Rio Grande do Sul e senador do Império do Brasil.

Rodrigo Mariano da Rocha
Acadêmico de Direito da PUC/RS
e bolsista do CNPq

Rodrigo Mariano da Rocha

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
 - Curso C.P.C.
 - Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/SP

NOVAS FACILIDADES PARA O PAGAMENTO DA SUA CONTRIBUIÇÃO MENSAL!

Associados do **IBCCRIM** já contam 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.

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

ATUALIZE SEU CADASTRO!

Para aperfeiçoarmos o contato com nossos associados, pedimos a gentileza de que seus dados estejam sempre atualizados. Isto pode ser feito diretamente através do site www.ibccrim.org.br, na seção “Fale Conosco”, no campo “Atualização de Cadastro”.

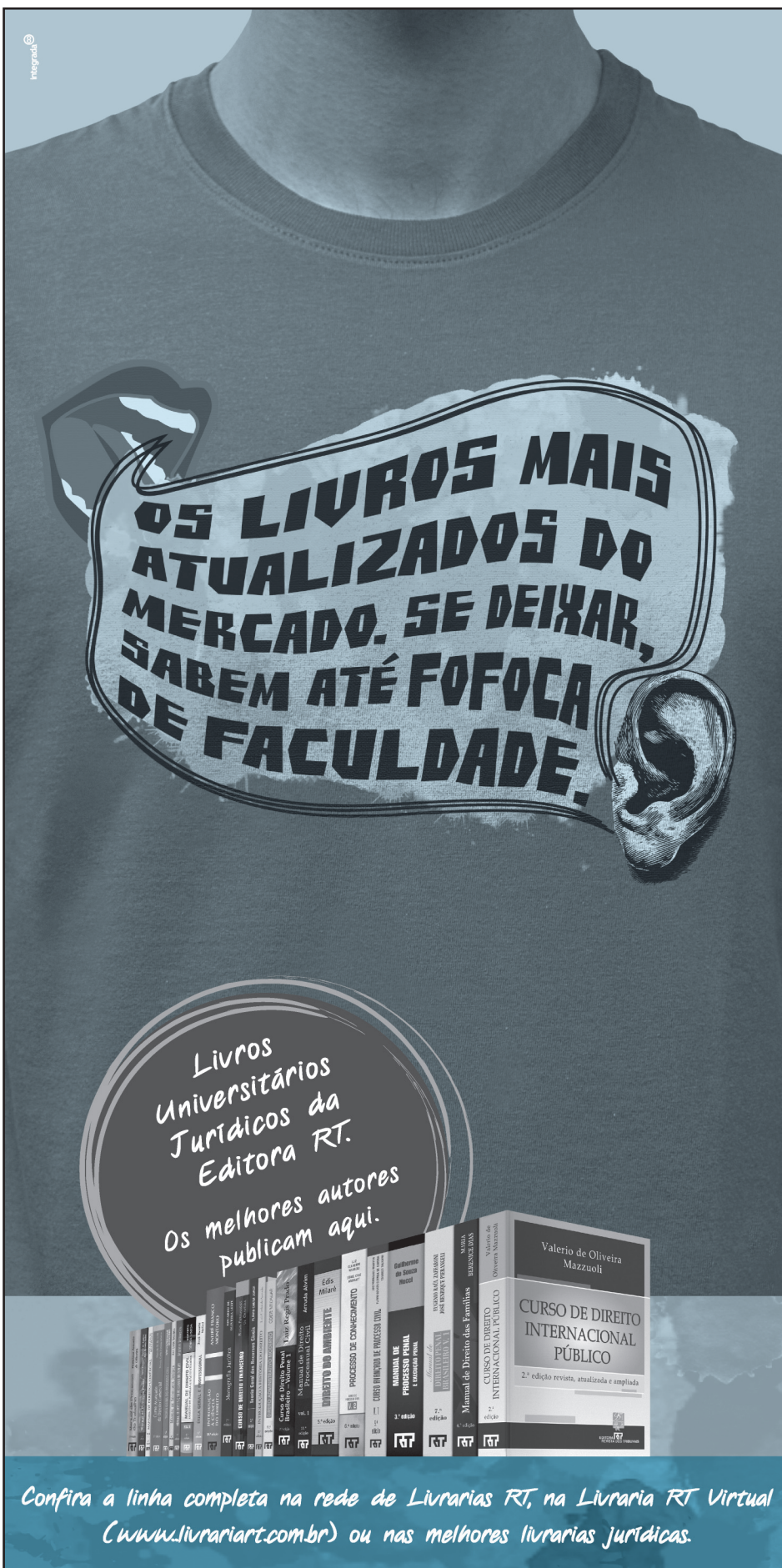
Se preferir, envie um e-mail para ibccrim@ibccrim.org.br

integrar

OS LIVROS MAIS ATUALIZADOS DO MERCADO. SE DEIXAR, SABEM ATÉ FOFOCA DE FACULDADE.

Livros Universitários Jurídicos da Editora RT.
Os melhores autores publicam aqui.

Confira a linha completa na rede de Livrarias RT, na Livraria RT Virtual (www.livrariart.com.br) ou nas melhores livrarias jurídicas.




Vade Mecum RT 2007. Sem sombra de dúvida, o mais atualizado do mercado.

- Mais de 300 normas no livro.
- Impressão em duas cores em papel e letras especiais.
- Capa plástica protetora, fitas marcadoras e etiquetas adesivas identificadoras.
- CD-ROM com mais de 700 normas, com versão para palm top.
 - Palestra pela internet.
- Atualização on-line garantida até 1º.11.2007 com texto formatado.



**Atualizado até
20.07.2007**
por meio do *Guia
de Atualização*.

Se você já comprou seu Vade Mecum, cadastre-se em nosso site e receba grátis o *Guia de Atualização* pelo correio.



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