

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

IBCCRIM

EDITORIAL:

PROJETO DE LEI DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E LIBERDADE DE IMPRENSA

Decorrida uma década da vigência da Lei nº 9.296, de 1996, que cuida das interceptações de comunicação telefônica, informática e telemática, tornou-se consenso a sua insuficiência para regular a matéria e, sobretudo, coibir os abusos e ilícitos verificados, quer pela banalização da utilização da interceptação telefônica como meio de prova, quer pela falta de tratamento adequado da comunicação informática e telemática, ou ainda pela disseminação de interceptações ilícitas e divulgações, pela imprensa especialmente, de material interceptado ilicitamente ou mesmo lícitamente, mas acobertado por segredo de justiça.

Nesse quadro, tornou-se praticamente unânime a defesa da elaboração e aprovação de um projeto de lei, que melhor cuidasse do tema. E, sobretudo, reprimisse e prevenisse os comportamentos ilícitos até aqui observados.

O projeto de lei apresentado pelo Ministério da Justiça visa exatamente atender a esses anseios, aperfeiçoando regulamentação existente. Referido projeto traz um significativo avanço ao prever e regular a captação de conversas com maior segurança, em face das novas técnicas de comunicação. É marcado também por uma forte preocupação em inibir, coibir e punir todas as formas ilícitas de interceptações ou captações de conversas, que têm sido frequentes. A esse respeito, o projeto adota meios legais e eficazes de regular e punir, desde a interceptação ilegal de conversas por telefone e conversas presenciais até a ilegal captação de dados de informática. Outro avanço da lei é permitir que a gravação de conversas realizada por um dos interlocutores, mesmo sem o conhecimento do outro, possa ser utilizada para exercício regular de um direito.

Entretanto, não se tem poupado críticas ao projeto, alegando-se que nele está-se adotando verdadeira forma de censura à imprensa. Isto porque ele tipificou como crime a conduta daquele que divulga produto da interceptação telefônica obtido ilicitamente, bem como obtido de forma lícita, mas acobertado por segredo de justiça.

Decorre claramente do projeto que nada há nele que possa ser interpretado como censura aos meios de comunicação. Em síntese, o projeto é uma forte censura aos atos ilícitos e não à imprensa.

Primeiramente é preciso esclarecer que o projeto não veda, coíbe ou incrimina qualquer gravação ou interceptação feita de modo lícito. De outra parte, se é crime efetuar interceptação telefônica fora das hipóteses e formas previstas em lei, para fins que não sejam de apuração de infrações penais e com autorização judicial, não menos delituosa é a utilização do produto desse crime, tais como as conversas e dados obtidos com essa prática ilegal. Daí a preocupação expressa no projeto de punir quem realiza o ato ilícito, mas também quem, de qualquer forma, utiliza-se do material dele advindo.

Portanto, o projeto traça uma linha divisória muito clara entre o lícito e o ilícito. No âmbito da licitude, seja para a interceptação ou gravação, tudo é possível, desde sua captação até sua utilização e divulgação. Porém, para todas as formas de atividades ilícitas de captação de conversas ou dados de informática, símbolos, caracteres, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, o projeto pune não somente quem realiza a operação ilegal, mas também todos aqueles que se utilizarem do produto desse crime, seja obtendo vantagem direta ou apenas divulgando o resultado desse crime. A única limitação prevista no projeto para utilização ou divulgação de captações lícitas ocorre se for decretado o sigilo nas investigações ou no processo penal.

Assim, decorre claramente do projeto que nada há nele que possa ser interpretado como censura aos meios de comunicação. Em síntese, o projeto é uma forte censura aos atos ilícitos e não à imprensa. É decorrência dos princípios da legalidade e da igualdade que, seja quem for que pratique conduta ilícita, deverá ser punido, sendo ou não integrante da imprensa. Esta é a premissa básica de um Estado Democrático de Direito, que não pode admitir que a imprensa, que tão relevante papel nele desempenha, apoie e fomente a realização de interceptações e gravações ilícitas ao se utilizar do produto ou resultado desse delito como matéria-prima de seu trabalho. ●

Editorial

Índice

EDITORIAL: PROJETO DE LEI DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E LIBERDADE DE IMPRENSA	1
MESA DE ESTUDOS E DEBATES: DELAÇÃO PREMIADA: ÉTICA E MORAL, ÀS FAVAS! Roberto Soares Garcia	2
MESA DE ESTUDOS E DEBATES: O JOGO MATEMÁTICO DA DELAÇÃO E A EXTORSÃO DA PROVA MEDIANTE SEQUESTRO DO INVESTIGADO Édson Luís Balдан	4
MESA DE ESTUDOS E DEBATES: FUNDAMENTOS À INCONSTITUCIONALIDADE DA DELAÇÃO PREMIADA Jacinto Nelson de Miranda Coutinho	7
MESA DE ESTUDOS E DEBATES: DA DELAÇÃO PREMIADA: ASPECTOS DE DIREITO PROCESSUAL Geraldo Prado	10
QUESTÕES RELEVANTES SOBRE A RECLAMAÇÃO JUDICIAL DE RESPOSTA NA LEI DE IMPRENSA Nilo Batista e Cláudio Costa	13
MANUTENÇÃO DE DEPÓSITOS NO EXTERIOR E NECESSIDADE DE SUA DECLARAÇÃO Andrei Zenkner Schmidt e Luciano Feldens	15
O BENEFÍCIO DE TRABALHO EXTERNO E O CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME SEMI-ABERTO Leonardo Luiz de Figueiredo Costa	18
Caderno de Jurisprudência O DIREITO POR QUEM O FAZ: MEDIDA DE SEGURANÇA: POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE TRATAMENTO AMBULATORIAL MESMO QUANDO O CRIME PRATICADO É APENADO COM RECLUSÃO Alexandre Victor de Carvalho	961
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	964
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	965
TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS	966
TRIBUNAIS DE JUSTIÇA	967
TRIBUNAIS DE JUSTIÇA MILITAR	968

É a **Maquiavel** que se atribui a mais estigmatizada das frases de efeito: “*os fins justificam os meios*”. Em favor dele, diz-se que seu tempo era outro; que sua intenção fora ver a Itália grande outra vez e, para isso, seria necessário um governo forte, em que o príncipe não recalcitrasse; fala-se, ainda, que a malfadada frase seria mera constatação, e não sugestão ao tirano, significando, na verdade, que os fins determinam os meios; enfim, apesar de não haver sequer certeza de que foi o Nicolau quem elaborou o famoso “pedacinho de ouro”, não há dúvida de que as tais palavras alcançaram o significado último da falta de ética e da ausência completa de moralidade no exercício do poder.

Os séculos passaram, algumas tempestades e nuvens também, muitas cabeças formularam novas máximas, e chegamos ao tempo do Estado Democrático de Direito, à Era de exigência de respeito aos Direitos Humanos e ao Direito Penal mínimo e garantista, que, dentre tantos outros, tem como pilar a exigência de atuação do Leviatã presa à ética e à moral, que devem ser observadas em todas as manifestações do Estado atual, inclusive na elaboração de leis.

Nas palavras de **Miguel Reale**, “*o Direito, como, experiência humana, situa-se no plano da Ética, referindo-se a toda a problemática da conduta humana subordinada a normas de caráter obrigatório*”⁽¹⁾, tanto que, para **Vicente Ráo**, dentre outros requisitos, “*para alcançar o fim que se propõe, ou seja, a disciplina social*”, a lei há de ser “**honest**a, não contendo nota alguma de torpeza ou contrária à moral”⁽²⁾.

O Estado não pode, diante do que se expôs, em nenhuma hipótese, numa democracia que pretenda privilegiar um Direito Penal mínimo e garantista, incentivar, premiar condutas que firam a ética e/ou a moral, ainda que, no final, a sociedade possa se locupletar dessa violação.

Noutras palavras: num Estado que se pautar pelos ideais democráticos, em que prevaleça o respeito aos direitos humanos e que se leve pelos vetores do garantismo penal, os fins jamais justificam os meios, mas estes é que emprestam legitimidade àqueles.

É por isso que, por exemplo, não se admite o uso da tortura como método de investigação criminal, ainda que, por meio dela, se logre, em alguns casos, impedir a morte de alguém ou de muitos. Por mais nobre que seja a finalidade pretendida, o Estado, a pretexto de atingi-la, não há de se valer de meios antiéticos nem pode incentivar quem quer que seja a empreender caminho que não se coa-

dune com os preceitos da moral.

Exatamente por não se poder aceitar que o Estado pratique ou incentive a prática de atos anéticos ou imorais, é que não se pode admitir a delação como forma de atenuar ou excluir a pena de quem pratica ou participa da prática de crime.

Ora, delação sempre é ato imoral e aético, já que a própria vida em sociedade pressupõe o expurgo da traição das relações sociais e pessoais. A quebra de confiança que se opera com a delação gera, necessariamente, desagregação, e esta traz a desordem, que não se coaduna com a organização visada pelo pacto social e com a ordem constitucional legitimamente instituída⁽³⁾.

Não se venha dizer que a delação feita por quem vive à margem da lei contra outros marginais pode ser considerada ética e/ou moral, pois mesmo este caso envolve necessariamente traição, violação às regras de conduta vigentes em determinada situação. É que a delação promovida por criminoso em desfavor de outro não apaga a atecidade e/ou a imoralidade intrínsecas à traição, não valendo, aqui, a regra que vige na operação matemática de multiplicação, em que “*menos com menos dá mais*”.

Ademais, é sabido que frutos de árvore que tem sua raiz envenenada são, por definição, envenenados. E basta olhar a prática da delação premiada em nosso País para se constatar que os abusos praticados por agentes públicos⁽⁴⁾, além de denotarem certo desvio de conduta pessoal e profissional — de natureza individual, portanto —, têm origem na própria atecidade e imoralidade ínsitas ao instituto, que afrouxam os freios inibitórios, incentivando a prática de condutas desviadas.

Diante disso, pode-se considerar constitucional lei que chancela a delação, premiando-a jurídica e/ou materialmente d’alguma forma? Por outra: seria a lei que a prevê, para lembrar da lição de **Vicente Ráo**, “**honest**a”?

As respostas, com o devido acatamento a quem delas diverge, são negativas para as duas questões, pois não cabe, não pode caber em ordenamento jurídico fundado em princípios democráticos e garantistas instituto que privilegie conduta aética

ca e imoral, como a delação é, sob pena de mutilação dos próprios fundamentos constitutivos da sociedade, insculpidos, no Brasil, na Constituição da República.

E para tirar o verniz sob o qual hoje se esconde a verdadeira natureza da delação premiada, não custa lembrar que o instituto, antes de ser temporariamente escorraçado do Direito brasileiro, tinha lugar no Título CXVI do *Livro V* das *Ordenações Filipinas*, as quais mereceram de

Aníbal Bruno a seguinte avaliação: “*Para julgar essa legislação, é preciso situá-la naqueles começos do século XVII, em que foi promulgada e dos quais reflete os princípios e os costumes jurídicos. Baseada na idéia da intimidação pelo terror,*

como era comum naqueles tempos, distinguem-se as Filipinas pela dureza das punições, pela freqüência com que era aplicável a pena de morte e pela maneira de executá-la, morte por enforcamento, morte pelo fogo até ser o corpo reduzido a pó, morte cruel precedida de tormentos cuja crueldade ficava ao arbítrio do juiz; mutilações, marca de fogo, açoites abundantemente aplicados, penas infamantes, degredos, confiscação de bens”⁽⁵⁾.

Eis o contexto jurídico em que a delação premiada ficava bem posta, à vontade: sentada à mesa das *Ordenações Filipinas*, relacionando-se com a “*idéia da intimidação pelo terror*”, cujo “*fim era incutir temor pelo castigo*”⁽⁶⁾. Hoje, rediviva — e prestigiada por muitos como se fosse nova penicilina —, flerta com a Constituição de 1988, causando preocupação àquele que não olvida que uma laranja podre no cesto estraga todas as outras.

Vale destacar — quicá a ouvir-se, ao fundo, que “*la donna è mobile/ qual piuma al vento/ muta d’accento/ e di pensiero...*” —, que o renascimento da delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro deu a este um colorido algo esquizofrênico: Ora a traição⁽⁷⁾ é tida como circunstância agravante ou qualificadora de crime⁽⁸⁾, ora, na forma de delação, pode levar à isenção ou à diminuição de pena⁽⁹⁾.

Aliás, do jeito que nestas plagas os fins andam a justificar os meios, não tardará a surgir quem proponha, por exemplo, que se introduza causa de diminuição de pena para o homicídio praticado contra alguns “inimigos da sociedade

➔ ordeira”, como traficantes ou corruptos, já que — com pedido de escusas pela péssima corruptela do provérbio — “ladrão que mata ladrão há de ter cem anos de perdão”...

Dito tudo isso, imagine-se, agora, que à hipotética manchete “delação de comparsa leva subversivo à prisão-acusação pleiteará a execução do facínora; o delator será premiado pelo Estado pelas relevantes informações prestadas”, poder-se-ia seguir reportagem sobre algumas delações famosas, havidas no passado, formuladas às autoridades constituídas, segundo regras legais vigentes. Pede-se, então, ajuda ao leitor para escolher se o “herói” da notícia seria Judas Iscariotes, Joaquim Silvério dos Reis, ou algum simpatizante do regime de Vichy na França ocupada, para, a seguir, sinceramente, refletir se há de se reconhecer validade jurídica (*rectius*: constitucionalidade) à figura da delação premiada tupiniquim.

Como se viu, não foi objetivo das presentes reflexões a enumeração dos dispositivos constitucionais que são vergastados pela delação premiada, embora a isonomia, o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, dentre outros, sofram arranhões flagrantes. É a própria alma constitucional que se vê ferida: admitir-se validade constitucional a dispositivo que premia a delação significa, com o devido acatamento, mandar às favas a ética e a moral, sendo que ambas seguirão acompanhadas pelo Estado Democrático de Direito.

Por isso, além de ser totalmente inconveniente — pois incentiva conduta desagregadora, imoral e anética —, a chamada delação premiada mostra-se inconstitucional, incompatível com os princípios fundantes da sociedade brasileira, retratados na Constituição Federal de 1988. ●

Notas

- (1) Em *Filosofia do Direito*, 14ª ed., atualizada em 1991, Saraiva, p. 37.
- (2) Em *O Direito e a Vida dos Direitos*, 5ª ed., 1999, RT, p. 282.
- (3) José Joaquim Gomes Canotilho, ao tratar

dos limites do poder constituinte (lição que, obviamente, alcança também os limites para a elaboração da legislação ordinária), ensina que, dentre as balizas dos “dados sociológicos, antropológicos e culturais” que devem informar a formação da Constituição, está a “experiência de valores”, dentre eles, o valor da confiança. Eis o trecho: “Neste complexo processo de positivação constituinte nunca é demais por em relevo a dimensão constitutiva da **experiência dos valores**. Não se trata de escolher aprioristicamente valores e isolá-los num ‘reino de valores’, mas de afirmar a íntima conexão do sentimento jurídico com certos valores (realizados ou não) como, por exemplo, o valor da liberdade, da igualdade, da paz, da **confiança**, da segurança, da ecologia” (cf. em *Direito Constitucional*, 6ª ed. revista, 1993, Livraria Almedina, p. 117, o último destaque é nosso).

- (4) Há notícia de que magistrado federal utiliza como “fundamento” para manter custódia temporária o fato de não haver o indiciado colaborado com as investigações; houve, ainda, caso em Ribeirão Preto, no qual cidadão, “convidado” a trocar informações pela revogação de sua prisão temporária, teve seu depoimento reportado por promotores a jornalistas, em tempo real — um sucesso de público, aliás —, dentre outros exemplos que, notórios, dispensam transcrição.
- (5) Em *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2ª ed., 1959, Companhia Editora Forense, p. 160. Para José Frederico Marques, as *Filipinas* foram “legislação ‘inconsequente, injusta e cruel’, como disse Melo Freire — o livro V compendiu a barbárie penal que as monarquias absolutistas da Europa haviam transplantado do ‘livro terrível’ do Digesto, para suas leis odiosas e desumanas” (cf. em *Tratado de Direito Penal*, vol. 1, 1ª ed. atualizada, 1997, Bookseller, p. 116).
- (6) Cf. E. Magalhães Noronha, em *Direito Penal*, vol. 1, 31ª ed., 1995, Saraiva, p. 54.
- (7) É despiendo lembrar que *traição* é gênero do qual a *delação* é espécie.
- (8) Cf., respectivamente, art. 61, nº II, letra c, e art. 121, § 2º, nº IV, ambos do CP.
- (9) Cf. art. 13 da Lei nº 9.807/99 e, por exemplo, o art. 159, § 4º, do CP.

Roberto Soares Garcia

Advogado, diretor superintendente do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) e coordenador adjunto da **Revista do IBCCRIM**

PROGRAMEM-SE!

O maior encontro das Ciências Criminais do Brasil acontecerá mais cedo em 2006:

de 29 de agosto a 1º de setembro

12º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO IBCCRIM



DIRETORIA DA GESTÃO 2005/2006

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE:

Maurício Zanoide de Moraes

1º VICE-PRESIDENTE:

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

2º VICE-PRESIDENTE:

Sérgio Mazina Martins

1º SECRETÁRIA:

Tatiana Viggiani Bicudo

2º SECRETÁRIO:

Theodmiro Dias Neto

1º TESOUREIRO:

Roberto Maurício Genofre

2º TESOUREIRO:

Ivan Martins Motta

COORDENADORES-CHEFES:

Departamentos:

BIBLIOTECA:

Cleunice Valentim Bastos Pitombo

BOLETIM:

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

CURSOS:

Carlos Alberto Pires Mendes

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:

Maria Elizabeth Queijo

INICIAÇÃO CIENTÍFICA:

Juliana Sinhorini Nahum

INTERNET:

Luís Fernando Camargo de Barros Vidal

NÚCLEO DE PESQUISAS:

Renato Sérgio Lima

PÓS-GRADUAÇÃO:

Alvino Augusto de Sá

REDES INTERNACIONAIS:

Flavia D'Urso

RELAÇÕES INTERNACIONAIS:

Marina Pinhão Coelho

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS:

Paula Bajer F.M. da Costa

COORDENADORES ESTADUAIS:

Veja relação à página 17.

O JOGO MATEMÁTICO DA DELAÇÃO E A EXTORSÃO DA PROVA MEDIANTE SEQÜESTRO DO INVESTIGADO

Édson Luís Baldan

John Nasch idealizou o jogo matemático denominado “O Dilema do Prisioneiro”, apresentando-o pela primeira vez na Universidade de Princeton, em 1950, e demonstrando seu largo emprego na Economia, Biologia, Estratégia, enfim sempre que se tratar do estudo da cooperação entre indivíduos (ou mesmo grupos, nações, etc.) em diversos tipos de problemas, na modelagem de fenômenos em que dois ou mais agentes de decisão promovam interação entre si. Pelo enunciado desse jogo matemático, dois suspeitos de um crime são presos e interrogados separadamente, sem qualquer comunicação entre si. Possuem eles o livre arbítrio de admitir a culpa ou protestar inocência e, daí, as soluções possíveis para o jogo são múltiplas: (i) se os dois agentes confessam o crime, recebem ambos punição branda; (ii) se apenas um prisioneiro confessa o crime, recebe ele, pela cooperação, uma pena mais leve, ao passo que o co-autor delatado é severamente punido; (iii) se, no entanto, ambos negam a autoria do delito, não haverá condenação para nenhum deles, sendo esta a melhor solução para ambos, pois resulta em dois vencedores no jogo.

Surge, porém, o dilema: confiará o prisioneiro no seu comparsa e persistirá negando o crime, mesmo sob o risco de redundar situação ainda pior ou, então, confessam ambos na ânsia do benefício, mesmo sabedores de que a simultânea admissão acarretará em situação pior do que se permanecessem silentes? Numa abstração, cuida-se do cálculo de vantagens resultantes de uma decisão onde, em síntese, confiança e traição consubstanciam a estratégia em jogo, ou seja, uma simulação para decifrar o comportamento humano.

Transportemos esse jogo para o Direito Penal emergencial brasileiro onde, de tempos a esta parte, a delação premiada tornou-se a metodologia por excelência da investigação criminal. Fixemos nossa “partida” num caso hipotético onde estejam sob interrogatório, isoladamente, dois suspeitos de um crime de extorsão mediante seqüestro, com a vítima ainda em cativeiro, ausente qualquer outra prova que não a eventual confissão dos suspeitos. Para este caso, é possível, até, a extinção total de punibilidade (i.e., pena = 0) se o suspeito, com sua traição, possibilitar, além da identificação dos demais co-autores, também o resgate incólume da vítima⁽¹⁾. Na outra ponta, para o interrogado não-colaborador existe a possibilidade de uma reprimenda máxima de 15

anos, se inexistente qualquer outra circunstância prejudicial aos agentes. Já que de jogo tratamos, tabulemos as possibilidades matemáticas:

	Suspeito “B” silencia	Suspeito “B” delata
Suspeito “A” silencia	Não-imputação/ absolvição: pena 0 (zero) para ambos	Pena 0 (zero) para “B” Pena de 8 a 15 anos para “A”
Suspeito “A” delata	Pena 0 (zero) para “A” Pena de 8 a 15 anos para “B”	Penas de 8 a 15 anos para ambos, com as atenuantes genéricas da evitação do resultado agravador e da confissão (art. 65, II, “b” e “d”)

Analizando o quadro constata-se que o melhor resultado possível do jogo, para qualquer dos prisioneiros, é trair o co-autor que não trai. Todavia, mesmo que o delatado igualmente delate, ambos delatores terão a pena diminuída, daí defluindo que, em qualquer cenário que se projete, o suspeito sempre será beneficiado se trair. O problema é que os dois suspeitos chegarão à idêntica conclusão: a escolha racional é trair. Em contrapartida, recolhendo-se ambos ao silêncio, poderiam alcançar mesmo imputação nenhuma, se considerada a confissão como única prova disponível.

O fascínio desse jogo — simples, mas de implicações amplas — é que permite ele conduzir aos domínios matemáticos questões como castigo, vingança, culpa, perdão, traição, cooperação, isto é, propicia que a ética deixe de ser considerada como reação emocional e passe a ser uma postura racional. Do ponto de vista da vantagem individual, nesse jogo, a não-delação é a opção irracional e o dilema dos agentes reside no desconhecimento da conduta de seu co-imputado, restando ambos influenciados reciprocamente pelo silêncio ou delação do outro na dosimetria de suas penas (lançando-se a métrica da culpabilidade penal num tabuleiro de apostas matemáticas). Justificados, pois, os brados do corifeu do humanismo penal contemporâneo no Brasil, René Ariel Dotti, para quem o “processo penal não pode ser um jogo!”⁽²⁾. Mas é. A dano da ética e da culpa penal, mas é.

A traição, no entanto, preexiste à teo-

ria dos jogos proposta por Nasch. No *Gênesis* o réu Caim não confessa seu crime. No *Novo Testamento*, porém, Judas Iscariotes, discípulo dissidente, perquire ao chefe dos sacerdotes qual o prêmio pela traição ao Cristo⁽³⁾. Nas *Ordenações Filipinas*, estatuto penal de maior longevidade na história do Direito pátrio, aos proprietários dos imóveis onde se cunhasse moeda falsa impunha-se a perda do prédio, “salvo se tanto que do dito malefício por sabedor, o descobrir a nós ou a nossa Justiça, porque nesse caso não perderá sua casa ou propriedade”⁽⁴⁾. Uma correção histórica: Joaquim Silvério dos Reis não foi, rigorosamente, um traidor, pois apenas cumpriu com eficiência seu dever de policial infiltrado no movimento inconfidente. A delação, na história recente do mundo, pontificou como exímio modo de investigação do Estado. Hitler dela se valia como meio mais célere para identificar e exterminar os indesejáveis à raça ariana, recebendo milhares de delações ao dia. Stalin não olvidou de empregá-la para imposição de seu regime de ferro por toda a Mãe Rússia. Joseph MacCarthy usou e abusou em larga medida da alcaguetagem em sua quixotesca cruzada anticomunista. Ainda nos Estados Unidos, mais de quatro décadas nos separam da edição da “Lei Ricco” que regulamentava não apenas a delação premial, mas também a interceptação telefônica, a proteção aos réus colaboradores e o dever de comunicação de movimentações bancárias elevadas. Na Itália, uma península abalada por um crime organizado secular e por ações sangrentas das terroristas “Brigadas Vermelhas” viu espriar-se por seu ordenamento, — em especial no contexto das memoráveis operações policiais “Mãos Limpas” — uma sucessão de elaborações legais que, às sombras de um direito penal emergencial, eclipsante de garantias individuais, chegou a criar a figura dos “juizes de assalto” (*pretori d’assalto*) designativa dos magistrados que assumem inédita postura ativa, avocando o dever de redução das injustiças sociais pela aplicação da lei. Na Alemanha tem hoje a comunidade jurídica a percepção de que a delação, como mal inevitável é medida odiosa de caráter temporário.

Historicamente foi o Direito Penal brasileiro dotado de normas premiaias nas hipóteses de reconciliação ativa de caráter substancial, isto é, quando o autor de uma conduta típica iniciada ou consumada agisse voluntariamente para evitar ou

minorar a violação do bem jurídico por ele mesmo promovida, nas modalidades da assistência voluntária e do arrependimento eficaz ou posterior. Mais recentemente foi a legislação brasileira inundada de dispositivos⁽⁵⁾ que valorizam do agente uma conduta que não incide, pelo menos diretamente, sobre o plano da ofensa, resolvendo-se, antes, na colaboração processual para fins de otimização da repressão a crimes cometidos e para identificação dos demais autores envolvidos, consubstanciando uma composição meramente instrumental ou processual. Não se descarta que num futuro próximo a colaboração na fase de execução penal faça nascer um “direito premial penitenciário” direcionado àqueles já condenados que, por qualquer meio, colaborem com o Estado no esclarecimento ou na evitação de crimes (em especial aqueles gerados inteiramente nos cárceres).

Hoje, com a anomia reinante na fase de investigação preliminar, onde múltiplos agentes e órgãos do Estado invocam legitimidade para fazê-la, mantendo-se o defensor (este inexplicavelmente sem poderes investigatórios) o mais distante possível da devassa oficial, constata-se metodologia de apuração calcada sobre um tripé previsível: intercepção telefônica inicial, por prazo indefinido, objetivando a coleta de indícios que motivarão o decreto de uma prisão cautelar que, a sua vez, será empregada como instrumento de coação sobre o imputado, instado sem recatos pelos investigadores e acusadores a confessar e delatar, tendo a própria liberdade como objeto de vergonhosa e desigual barganha. Ao estabelecer a delação como condição para cessação da privação da liberdade do preso, pratica o Estado inédita modalidade de extorsão da prova mediante sequestro do investigado, sob a complacência do Poder Judiciário. Preço do “resgate” pode ser, além da confissão, também a apresentação de outras provas materiais ou documentais, negociáveis entre um indigitado de garantias acanhadas e um Estado de poderes dilatados e sem freios éticos.

Não se pode olvidar que o investigado que delata na fase antejudicial investigatória tem, quando muito, uma expectativa de direito, eis que somente o magistrado sentenciante, alheio à negociação antecedente, é que poderá reconhecer, ou não, seu direito subjetivo à redução ou extinção da reprimenda, no momento judicial de individualização da pena criminal. Outra garantia que falta ao réu é de que receberá do Estado, dentro das estruturas carcerárias, ou fora delas, as medidas protetivas que resguardarão a integridade física e a vida próprias, bem como de seus entes próximos.

Convimos que, em circunstâncias es-

pecialíssimas, quando pudesse conduzir ao resgate incólume de uma vítima de seqüestro mantida em mãos de criminosos, justificar-se-ia a aceitação da delação pela salvaguarda de um bem jurídico quase absoluto, que é a vida. Cuida-se, neste caso, de uma conduta do agente que atinge, assimetricamente, o bem jurídico sobre o qual antes incidira a ofensa típica.

Diferentemente é transigir, como tem feito a legislação pátria, com um Estado inerte que prefira nutrir, ou suprir, seu dever de investigação e acusação pela obsessiva busca da confissão do próprio autor do crime, eleito fornecedor preferencial de informações muitas vezes já disponíveis (mas desprezadas) pelos mecanismos de repressão oficiais (v.g., nos crimes de lavagem de dinheiro). A didática é péssima e pode mesmo interromper uma cultura saudável que ganhava sedimentação nos organismos policiais brasileiros: findo o regime de exceção instaurado com o golpe militar de 1964, procurou-se difundir método de investigação assoalhado sobre elementos de prova objetivos e subjetivos que não a confissão do investigado. Essa preocupação transparece nos centros de formação de policiais onde, conjugada a disciplinas relativas aos direitos humanos, a doutrina é a de que uma verdadeira investigação deve partir do crime rumo ao criminoso e não o inverso. O legislador brasileiro, hoje, indica, novamente, com todos os riscos daí derivados, o investigado como fonte preferencial da prova. A inspiração na ideologia de um utilitarismo puro não pode ser cega e com desconsideração ao próprio **Bentham**, para quem seria “*inútil falar dos interesses da comunidade sem compreender qual é o interesse do indivíduo*”⁽⁶⁾.

A verdade é que a voz ética reduz-se a mera rouquidão da consciência quando ao investigado atado a ferros e metido num macacão de cor berrante apontam os agentes da lei apenas dois caminhos possíveis: o do cárcere ou o da delação. Tudo sob o estrépito da mídia moderna que, hoje, se substitui ao cortejo da ensandecida choldra que trotava aos calcanhares do herege a caminho da fogueira medieval. Um contraponto. Outrora, em tempos sombrios, os holofotes da imprensa iluminavam as trevas e nos davam a saber a barbárie que em nosso País grassava. Hoje, tristemente, essas mesmas luzes, apenas mais potentes, não raro ofuscam idênticos direitos cujo sacrifício no passado buscavam ao mundo denunciar.

Parece que, de tempos em tempos, as civilizações elegem uma categoria de odiados para contra ela canalizar sua hostilidade, com negação às penosas conquistas tendentes ao respeito do ser humano como fim, e não meio, de todas as elaborações da hu-

Édson Luís Baldan



BOLETIM IBCCRIM
- ISSN 1676-3661 -

COORDENADORA-CHEFE:
Mariângela Gama
de Magalhães Gomes

COORDENADORES ADJUNTOS:
André Pires de Andrade Kehdi,
Andréa Cristina D'Angelo,
Leopoldo Stefano Leone Louveira,
Luiz Felipe Azevedo Fagundes e
Raissa dos Reis Balaniuc Mendes

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

DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO, MONTAGEM E FOTOLITO:
Ameruso Artes Gráficas
Tel. (11) 6215-3596
Fax (11) 6591-3999
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

manidade. Imperativos da hegemonia da fé cristã, necessidade de sobrevivência do capitalismo, exigências da segurança do Estado, imposições da segurança urbana, etc., etc., sempre um objeto ideal proposto, cambiante no tempo e no espaço, que suplanta, ou pelo menos desloca, para sua conquista, a paisagem axiológica reinante. Esse desconstrutivismo ético ingressa no mundo do dever-ser pela via ou da reelaboração legislativa ou, pior, pela indevida superação hermenêutica aos comandos normativos vigentes. Essa negação torna-se menos visível, por isso mais tolerada, se considerada a volatilidade exegética dos princípios (sobretudo os constitucionais) e a indeterminação semântica dos textos legislativos, cuja interpretação resta prejudicada diante da vagueza e ambigüidade de expressões como, por exemplo, “dignidade da pessoa humana” e “devido processo legal”. Se é verdade que o ideal de paz pública está ainda distante do desejado pelo cidadão, não menos verdadeira é a significativa distância entre o quadro caótico fomentado pela mídia e a realidade criminal atual: exemplificando-se com números do Estado de São Paulo, assiste-se, nos últimos cinco anos, uma redução da ordem de quase 50% nos homicídios dolosos, aliada a uma tendência geral de queda crescente dos principais indicadores de violência, ao passo que a população carcerária, no mesmo período, saltou de aproximadamente 50.000 presos para os atuais 130.000. Soa, nesse cenário, paradoxal que ocorra a contenção criminal seguida de aumento no índice de prisionalização e, simultaneamente, assista-se ao avanço dos postulados de um Direito Penal emergencial a projetar a sombra de seu espectro sobre o legalismo.

Vai o Direito Penal emergencial contemporâneo, alheio à realidade, fundando categorizações inéditas de criminosos: (i) os “clássicos”: que mantém sua postura de imputado após cometimento de crimes ordinários, sustentando sua condição de sujeito investigado ou de parte acusada no processo, sem coadjuvar a tarefa estatal de persecução; (ii) os “inimigos”: autores de condutas de alta ofensividade aos interesses do Estado, *u.g.*, os terroristas, os quais, despidos do cabedal de garantias pessoais que lhe asseguravam a dignidade de cidadão, podem ser submetidos a toda sorte de violações de direitos individuais porque tornados ao “estado de natureza”; (iii) os “colaboradores”: cidadãos que, persuadidos pelos agentes oficiais da investigação e da acusação, voluntariamente (mas nem sempre espontaneamente) prescindem de seus direitos individuais e, além, assumem postura ativa na produção da prova criminal em des-

favor de si e de seus co-imputados.

Não se pode, de qualquer forma, negar que a delação premial deixa de reafirmar a lei penal num caso concreto, pois possibilita a manipulação dos parâmetros punitivos até a completa extinção da punibilidade do agente⁽⁷⁾. O processo penal deixa de ser o âmbito de apuração da culpa criminal para se constituir, verdadeiramente, no espaço de constituição dos pressupostos substanciais da pena, com isso deformando a estrutura das construções típicas e violentando a relação de proporcionalidade entre crime e pena, a qual se assenta no princípio da estrita legalidade penal. As razões justificadoras do prêmio concedido a quem colabora processualmente com as autoridades seguem, assim, alheias a quaisquer referências teóricas inerentes às funções do Direito Penal⁽⁸⁾. Trata-se, na verdade, de um Direito Penal promocional com recurso a sanções positivas, afastado de sua clássica função de tutela de bens jurídicos valiosos e convocado a figurar entre os demais mecanismos estatais de controle social.

Contemporaneamente assiste-se à apologia policial, ministerial e judicial ao *nolo contendere*, onde a tarefa investigatória de reconstrução histórica do evento criminoso transfere-se, com economia de custos e garantias legais, do Estado para o imputado. O aparato repressivo do Estado converte-se em exército célere que, pilhando as trincheiras da legalidade constitucional, exige que os dominados passem a servir-lhe de fiel combatente. É o criminoso contra o crime na barganha da não submissão à inteireza da pena criminal, em preterição ao monopólio da investigação e da persecução de e pelo Estado. Alquebrado fisicamente pela privação da liberdade, vilipendiado moralmente pela irrestrita exposição de sua imagem nos meios de comunicação, fragilizado psicologicamente pela privação do contato com o mundo exterior, fraudado racionalmente com as promessas de benefícios penais, o investigado, recolhido em sua cela, joga o solitário jogo do “dilema do prisioneiro”.

Num pequeno distrito a oeste de Moscou construiu-se um parque e, no centro dele, erigiu-se a estátua de um menino a empunhar uma flâmula. Esse garoto homenageado tem nome e história. Trata-se de Pavlik Morozov que, na era stalinista, foi aclamado herói nacional por ter delatado à temida polícia secreta russa o próprio pai, autor de horrendo crime: dos campos que cultivava sonegara alguns cereais à expropriação do Estado para entregá-los à saciedade da família. O pai delatado foi preso e o filho delator foi

morto pelos próprios parentes. A questão jurídica ora posta é, pois, de substrato eminentemente ético porque implica em responder se assumimos o risco de apregoar a cultura que permitiu ao pequeno Morozov perder o pai e a vida para ganhar uma estátua. 

Notas

- (1) Art. 13, Lei nº 9.807/99.
- (2) Conferência proferida no encerramento do **11º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, 07-10-2005, São Paulo.
- (3) *Evangelho de São Mateus*, cap. XXVI.
- (4) Livro V, Título XII.
- (5) Inicialmente através do art. 7º, § 4º, da Lei nº 8.072/90 para os casos de seqüestro praticado por quadrilha, dispositivo este revogado tacitamente pela Lei nº 9.269/96 que introduziu alterações no próprio art. 159, CPB; posteriormente pela Lei nº 9.034/95 que previu redução de pena para colaboração na hipótese de crimes praticados em “organização criminosa”; ainda em 1995, a Lei nº 9.080 acresceu disposições premiais para os delitos contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/96) e a ordem tributária (Lei nº 8.137/90); também a Lei nº 9.613/98 passou a disciplinar sanções positivas nos delitos relacionados à reciclagem de capitais; de forma mais ampla, a Lei nº 9.807/99 tornou possível a extinção da punibilidade para os casos de extorsão mediante seqüestro e a redução de pena para quaisquer outros casos, por isso entendida como mais ampla regulamentação legal hoje existente sobre direito premial; mais recentemente a infeliz Lei nº 10.409/02 contemplou, com sobrestamento do processo e mesmo a isenção total ou parcial de pena, a colaboração no contraste ao tráfico de entorpecentes, nos §§ 2º e 3º de seu artigo 32 cujo *caput* foi vetado e propiciou a curiosa figura da “mula sem cabeça” normativa.
- (6) **MAFFETONE, Sebastiano; VEJA, Salvatore** (orgs.). *A Idéia de Justiça de Platão a Rawls*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 231.
- (7) Embora alguns entendam que a justificativa para o benefício penal resida na menor censurabilidade do agente que delata. Nesse sentido: **AZEVEDO, David Teixeira de**. *Atualidades no Direito e Processo Penal*. São Paulo: Método, 2001, p. 91.
- (8) **MUSCO ENZO**. “La Premialità nel Diritto Penale”, *Revista L'Indice Penale*, ano XX, set-dez./1986, Padova: Cedam, p. 596.

Édson Luís Baldan

Mestre e doutorando em Direito Penal pela (PUC/SP), especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, pós-graduado em Direito Penal pela Universidad de Salamanca (Espanha), especialista em Direito Penal pela Universidad Castilla La Mancha, Toledo (Espanha), delegado de Polícia, professor e coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Penal da Uninove (SP)

FUNDAMENTOS À INCONSTITUCIONALIDADE DA DELAÇÃO PREMIADA*

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

A questão da delação premiada é típica de momentos de crise. Não se trata de uma estrutura gratuita, mas de algo que vem como efeito de uma causa, sobre a qual é preciso indagar. A causa da delação premiada no Brasil de hoje é banal e remete ao processo e ao Judiciário como um todo. Isso parece evidente num país que se enveredou pelo neoliberalismo, “minimalizou” o Estado e não disponibiliza condições efetivas de atuação aos seus órgãos.

Assim, ela (a crise) parece sintomática da falta de estrutura condizente, capaz de proporcionar uma correta investigação, ou seja, aquela desenvolvida dentro dos *padrões normais*, isto é, aqueles fixados a partir dos princípios que instauraram a modernidade e estão agora estampados na Constituição da República.

Diante disso, quem pode se proteger. Não precisa entender muito de sociologia criminal para saber como funciona. As pessoas se protegem em blocos, formando guetos de proteção ao ponto de alguns deles não aturarem, por exemplo, mandados judiciais, de forma que um oficial de Justiça não entra sequer na portaria dos melhores e mais protegidos edifícios, justo aqueles em que moramos nós, os incluídos, os mais favorecidos. Acontece que o País não somos *nós*, mas *todos nós* e quem não pode pagar por uma segurança privada não pode ser prejudicado. Nem todos, porém, na realidade, podem se proteger, razão por que a violência contra o cidadão continua em ritmo alarmante. São efeitos, como parece elementar, da mesma causa. Resta saber, assim, o que se pode fazer; que providência se pode tomar; que caminho se pode seguir sem, contudo, vilipendiar a Constituição Federal.

Tome-se um exemplo italiano: o artigo 348 *bis* do CPPI de 30 veio com a *Legge 8 agosto 1977, n° 534* (sobre os *Provvedimenti Urgenti*), mas ganhou aplicação integral após a morte de Aldo Moro, em 1978. O dito *bis* tratava do *Interrogatorio libero di persona imputata di reati connessi*. Os italianos, como se sabe, não queriam abrir mão da estrutura democrática de forma alguma (na época havia uma luta pela plena constitucionalização do processo penal), mas chegaram a um ponto em que não teve solução. Era necessário ver se o desencadeamento de uma modificação daquelas — que acabou reunindo esquerda e direita — solucionaria o problema e chegaram à conclusão de que o arranhão menor que se poderia ter no sistema era criar um *bis* para o art. 348 e, no

interrogatório livre, abrir a possibilidade de arranjar quem se arrependesse e fosse delatar os outros. Sabe-se, por ser um dado histórico, sobre os resultados: com maciços investimentos, conseguiu-se um resultado alentador contra a chamada “criminalidade romântica”, isto é, aquela de índole terrorista. Foi assim que se debelou as conhecidas *Brigate Rosse*. Em relação à Máfia, contudo, não só não se conseguiu um resultado satisfatório (sabe-se que nunca ela foi tão forte como agora, mesmo porque tais atividades a levaram para mais próximo da política e dos políticos), como levou ao sacrifício das vidas de dezenas de parentes — totalmente inocentes — dos chamados *petiti*. Há, em definitivo, em qualquer hipótese, um preço a pagar; e nele se deve pensar, com seriedade.

O Brasil, metido numa estrutura neoliberal, com um Estado “minimalizado” e uma Polícia sem condições de atuar, em vez de trabalhar suas dificuldades de investigação, tenta resolver o problema criando dificuldades para quem ainda — pelo menos por isso — não as tem. É aqui que se coloca a questão da investigação preliminar pelo Ministério Público (e seria o mesmo em relação à Magistratura) e, de plano, pode-se concluir em duas direções: primeira, que há flagrante inconstitucionalidade, diante das disposições expressas e, diga-se de passagem, nunca discutidas (jamais se cogitou tal hipótese e todo mundo sabe disso, inclusive por conta do acordo que se fez durante a Constituinte), dado não se colocar em dúvida o princípio da legalidade como regente dos atos administrativos; segunda, que o Estado, na situação em que se encontra, não vai fornecer os meios adequados ao Ministério Público para desenvolver seu mister, principalmente se mantida a estrutura do CPP e, assim, tende-se a produzir vítimas. As consequências, então — e não poderia ser diferente —, são os desvios produzidos nas regras constitucionais (com chamamento indevido de atribuições e de competência; com quebra do princípio do juiz natural e assim por diante), alguns órgãos atuando com evidente infração à Constituição, mais a agravante de que tem havido guarida pelos órgãos jurisdicionais superiores, que se não dão conta do alto preço que se está a pagar, com resultados concretos pífios.

O importante, porém, ao se pensar nisso, é perguntar se é, efetivamente, conveniente se admitir a delação premiada. Enquanto obtenção de meios de prova,

ela é uma modalidade que pode ter uma estrutura *eficiente*, para usar a linguagem neoliberal. Admitida a complexidade da vida — aliás, se há um *conceito luhmanniano* que vale é este —, atribui-se a ela um outro patamar valorativo e, desde esse lugar, toca-se a criminalidade. Portanto, é preciso pensar, de fato, em instrumentos que possam levar à eficácia da investigação dos crimes, mas dentro dos padrões que se colocam, ou seja, dentro dos padrões constitucionais, os quais não devem ser manipulados retoricamente, como se tem feito.

O primeiro ponto, então, a se refletir — como matéria impostergável — diz respeito à fenda que se produziu na estrutura montada à Modernidade. Isto parece algo inarredável. Ora, é preciso ter presente que antes mesmo do *contrato social* — não esquecer que, na teoria, os indivíduos cedem para criar uma sociedade civil e, depois, um Estado, a fim de ser por ele protegidos já que no Estado de Natureza *homo hominis lupus* — há um pacto (de confiança). Pensando-se por **Rousseau**, por exemplo, a estrutura contratual — que é a regra básica e fundamental não só da estruturação do Estado mas também daquilo que estabelece o padrão pelo qual todos se igualam, ou seja, a legalidade — foi movida pelo medo (que, em **Hobbes**, é da morte violenta). Assim, é vital perceber que mesmo antes dessa estrutura mítica (contratual), em **Hobbes** há um pacto, que se dá porque há uma crença nos princípios, que são cardeais para as estruturas democráticas. Dentre eles, é estrutural o princípio da confiança, que funda a base do princípio democrático e, por consequência, do princípio republicano.

É o princípio da confiança, como se sabe, que faz os cidadãos irem desarmados às ruas; as mulheres se produzirem e saírem sós sem sentirem medo de serem violentadas; os motoristas passarem com aparente segurança no sinal verde, e assim por diante. Veja-se, então, como a vida é gerida pela confiança, que está na estrutura das relações, inclusive aquelas onde o vínculo é fundado no amor. Todos, assim, são exemplos que remetem à crença. Sociedades democráticas, deste modo, estruturam-se apenas porque há confiança, na qual se investe.

Intui-se, todavia, que diante da complexidade que se criou à vida é preciso ceder; do contrário, restam dúvidas de que, em um Estado mínimo, haja condições para combater a criminalidade, mormente a mais intelectualizada. Até que

ponto, porém, é possível suportar a quebra da confiança? Tal questão remete ao papel fundamental que Judas, traidor de Jesus, teve no imaginário coletivo. Ele, ao que se tem conhecimento, não delatou um bandido, mas o gênio que passou a vida dizendo às pessoas que deviam se amar; que o amor era o fundamento epistêmico. Mesmo assim eles o meteram na cruz pela delação (por trinta moedas) do traidor. Compromete-se, nesse caso e como parece evidente, o lugar — mítico também — da segurança.

O essencial, então, é ter presente até onde se pode ceder; se é que se pode.

A resposta — para se estabelecer, pelo menos, uma base argumentativa — deve passar por dois questionamentos. O primeiro é saber se a delação premiada cabe na estrutura constitucional de hoje e, o segundo, se se tem mesmo condição de avançar através deste instituto, na forma como ele vem proposto, diante do quadro atual.

Há pouquíssima dúvida — embora ainda reste dúvida porque há condescendência com a hipótese de se procurar meios efetivos de avanço — de que o instituto é inconstitucional, como se coloca hoje; e prejudicial à estrutura democrática da sociedade.

Mas é preciso perceber — ao contrário do pensamento que impera, no Brasil, a partir de São Paulo e que leva a marca registrada dos *Elementos de Direito Processual Penal* do professor **José Frederico Marques** — que o sistema processual penal brasileiro não é acusatório. Não é o caso de se discutir, aqui, sobre sistema, princípio e seus conceitos, que é como se deve tratar o tema. São pertinentes, porém, algumas referências. **Frederico Marques** foi, de fato, um grande democrata e, quem sabe, o maior processualista penal que o País teve na sua história, porque leva o grande mérito de ter dado cientificidade ao Direito Processual Penal. Ele, contudo, utilizou, nesta matéria, a pior das fontes, que era Vincenzo Manzini, advogado de Mussolini e que manipulou o discurso sobre a estrutura sistêmica do processo penal italiano para criar — naquilo que tinha vindo do Código de Napoleão de 1808 e que entrou em vigor em 1º.01.1811 — um híbrido (inquisitório-acusatório), no qual a marca da acusatoriedade era um nada, tudo com o objetivo de dar um verniz de democracia ao *processo mussoliniano* do *Codice Rocco*. Em suma, eles superaram o *Codice Zanardelli*, de 1913 e, portanto, mudaram de código rapidamente, porque tinham interesse em ter uma estrutura compatível com o fascismo; e assim foi. A democracia processual é, mesmo, só um verniz retórico, o que pode ser testemunhado por judeus,

como **Primo Levi**, e políticos de esquerda como **Gramsci**. O nosso código, por sua vez, é copia justamente daquela estrutura do *Codice Rocco* e, pronto, tornou-se o processo penal brasileiro herdeiro do equívoco veiculado por ele.

O tal equívoco estava, principalmente, no fato de que **Manzini**, manipulando o discurso, sustentou ser o processo acusatório *porque tem partes*. Todos sabem, porém, que isso é uma fraude. Por sinal, o maior monumento inquisitorial laico da história da humanidade foram as *Ordonnance Criminelle* de 1670, de Luiz XIV, que terminava com um grande *jugement*, diante do tribunal (aberto, público, oral, etc.), com MP e defesa. Ninguém duvida, por todos e por **Franco Cordero** especialmente, que o núcleo do sistema está no princípio que o rege. Pois foi o *princípio inquisitivo* que regeu a estrutura do sistema do *Codice Rocco*, das *Ordonnance Criminelle* de 1670 e também rege o CPP brasileiro, tanto na primeira fase da persecução penal quanto na segunda, dita processual. Tanto é isso verdadeiro que a gestão da prova é feita pelo juiz; e quem duvidar da extensão disso que se detenha um pouco na correta leitura do art. 156, do CPP, ou frequente as salas de audiências como, uma vez, reclamou **Carnelutti** cobrando um olhar para a realidade do processo penal.

Ora, se o processo é um conjunto de atos que se encadeiam tendo em vista um determinado fim; e se ele está inserido em uma lógica que se pretende sistemática, sua finalidade é, evidentemente, a de *acertar um caso penal*. Como se sabe, há de se ser inimigo mortal do pensamento segundo o qual o processo penal depende de conflito, seja ele qual for. Muitas vezes, por sinal, não há conflito algum como, por exemplo, quando o Ministério Público pede, no processo, absolvição, mas o juiz condena o réu mesmo que este concorde com aquele (nos termos do art. 385, do CPP), o que significa que há convergência em vez de conflito (de interesses, de pretensões, de opiniões, ou o que se queira), como já havia mostrado **Francesco Invrea**, infelizmente pouco estudado por aqui até hoje.

Assim, como a finalidade do processo penal é acertar um *caso penal*, é necessário, para tanto, buscar elementos de conhecimento: eis a *cognitio*, que deve ser determinante no desfecho dele. É por conta disso que a base fundamental (sistêmica) do processo vai marcada por aquele que é encarregado de fazer a *cognitio*, naquilo que responde pela busca de elementos para conhecer. Quem duvida, assim, que no processo penal é o juiz quem faz a gestão da prova?

A delação premiada é um exemplo

clássico disso: leva-se ao juiz o termo e ele, se entender, altera-o, dispondo sobre o seu conteúdo, como se MP e réu não tivessem importância ou fossem tão-só os estafetas do acordo. Isso quando o juiz não despreza os próprios órgãos do MP para dizer o que interessa — prática em que o País se tem tornado *expert*, infelizmente —, algo que aponta na direção de atos (processuais?) eminentemente impulsionados e conduzidos pelo juiz, o que faz pensar. Afinal, pode não haver acusação efetiva alguma, mas haveria de ter processo, como se pode medir pelo resultado alcançado. Por aí, porém, demonstra-se o “lugar” ocupado pelo juiz, de regência, dentro do sistema (ele comanda a gestão da prova, determinante ao acerto do *caso penal*), o que evidencia uma estrutura eminentemente inquisitória.

O sistema, assim, é tomado como misto apenas enquanto discurso porque não há, por definição, um sistema com tal natureza, de modo que o dizer misto, aqui, é o reconhecer como um sistema de fato inquisitório que foi recheado com elementos da estrutura do sistema acusatório (por ex: exigência de processo devido, de contraditório, de parte, etc.), o que lhe não retira o cariz inquisitório, dado a gestão da prova continuar nas mãos do juiz, tanto que é preciso que ele decida sobre o pactuado e, por um lado, homologue o acordo. Pode, contudo, discordar e não homologar; pode (embora seja discutível, mas se faz a todo instante) estabelecer cláusulas

A inquisitorialidade do sistema processual penal é incompatível com a estrutura constitucional. O Código de Processo Penal, como parece óbvio, não foi recepcionado, em grande parte, pela Constituição da República e os juízes (no controle difuso) e, por todos, o STF, já deviam ter dado um passo adiante na questão mas, por interesse de um Estado “minimalizado” que quer punir e manter a estrutura como está, não o fizeram. Por conta disso é que o Estado não avança para o sistema acusatório (ou de núcleo acusatório, isto é, regido pelo princípio dispositivo) de que tanto se precisa, em que um *plea bargain* e um MP forte (que possa e saiba escolher, barganhar e fazer o acordo) são absolutamente necessários.

Para tanto, não basta, por óbvio, reformar o CPP. É preciso cultivar uma mentalidade diferente da atual, o que é imprescindível para se retirar o juiz do centro do processo. Afinal, numa estrutura inquisitória, o grande problema está na lógica deformada que a rege. **Cordero** a chama de *primado das hipóteses sobre os fatos* e demonstra que ela gera um *quadro mental paranóico*, ou seja, que pelo modo

de pensar se tem a possibilidade de acreditar nas imagens e quem toma a imagem como real é *paranóico*, como se sabe da Psicanálise e outros campos.

Pode-se, então, acreditar nas imagens em processo penal porque se tem um sistema em que o juiz, não raro, decide antes e, depois, sai à cata de elementos para provar aquilo que já decidiu. E eles o fazem das mais diversas formas, por exemplo, quando se atravessam nas reperguntas de órgãos do MP e dos advogados, fazendo outras perguntas em cima das deles. Agora acontece menos porque em vários foros estão gravando e transcrevem que foi o juiz quem perguntou. Continua, contudo, havendo casos em que o juiz atravessa perguntas e perante as reclamações, sustentam que podem perguntar quando quiserem. O pior é que podem mesmo: esse é o problema! Afinal, a segunda parte do artigo 156 do CPP não deixa dúvida depois do ponto e vírgula. O que impede o juiz de se atravessar às perguntas da defesa e da acusação é a CR mas, antes, um princípio ético, que está acima do dispositivo do CPP. Não obstante, é preciso ter regras que garantam, de fato, o cidadão e a estrutura democrática. Para tanto, há que se tirar o juiz da gestão da prova e cultivar uma outra mentalidade, na qual ditados como *todo favelado é bandido* ou *todo fumador é traficante* ou *todo estuprador é culpado* (dentre outros), que seguem expressos em tribunais, não se sustentam. São eles lugares comuns típicos de uma mentalidade com a qual se precisa romper, em favor de uma efetividade democrática que, por óbvio, não comporta o outro extremo ideológico, com mera substituição de posições.

Vive-se em uma estrutura pendular dentro da sociedade que navega, no momento, de uma força de direita punitiva (típica da repressão) para aquilo que **Maria Lúcia Karam** chamou de *esquerda punitiva*. Quer dizer, desloca-se o eixo, mas não se muda muito além das reações em geral tidas como *politicamente incorretas*. Enfim, não se trata de substituir o pobres pelos ricos.

Não há problema em punir o rico, o poderoso, o político; pelo contrário, se valer, mesmo, a isonomia constitucional, é o que se espera. Eis por que se não tem muita dúvida de que os corruptos, por exemplo, devem, após regular processo, estar na cadeia. Não se trata, assim, de defender bandido, mas sim exigir regras punitivas claras que valham para todos.

O que se não pode, porém, é deslocar o eixo e sedimentar lugares comuns (agora para os ricos), sob o manto do discurso de que se está promovendo justiça. É, entretanto, exatamente o que está acontecendo: está-se deixando de punir o po-

bre, no mais das vezes, porque é “coitadinho”, levando-se o pêndulo ao outro extremo. A estrutura simbólica não comporta uma postura maniqueísta do gênero, embora até se possa entender pela fragilidade humana.

A isonomia constitucional, como é primário, não permite que se pense assim. Tem-se uma cadeia lotada de pobres, é verdade; e isso é uma vergonha e está errado. Mas em vinte anos ela pode estar lotada de ricos, o que também vai ser vergonhoso e não menos errado. Ora, não se pode fazer a política do “coitadinho” para o pobre; e nem a da “vingança” para o rico. Precisa-se é estruturar as regras do jogo, de modo a servirem para todo mundo. Enfim, não se tem efetivada a estrutura constitucional-democrática porque se não incorporou a mentalidade de que cadeia não foi feita para pobre ou rico mas para culpado, seja rico ou pobre.

Esse é o problema e a forma de o tratar é que pode — ou não — demonstrar seriedade ao responder se, aqui (no confronto delação premiada — princípio da confiança), vale a pena ceder.

Portanto, antes de tudo, é preciso mudar o sistema. Em segundo lugar — e sem opção, diante da Constituição — é indubitosa a inconstitucionalidade da delação premiada. E assim o é porque há um ferimento inadmissível à regra do devido processo legal. Há, nas modalidades praticadas, pena sem processo, de todo inadmissível. Basta ver que para se possa homologar o acordo é preciso que haja processo (só dele pode advir pena), o que só se admite depois de oportunizado o contraditório. O processo, porém, como se sabe, é justamente aquilo em que (no *iter* de formação de um ato, como queria **Fazzalari**), como procedimento, recebe efetivo contraditório. Na delação premiada, sem embargo de tudo, não há processo porque não há contraditório; e aí também reside a inconstitucionalidade.

Um caso brasileiro bastante noticiado durante um ano inteiro tratava da delação premiada. Seu resultado foi que o grande delator não só está em liberdade como levou junto todos os seus afilhados e, quiçá mais grave, os clientes que seu advogado conseguiu angariar. Não parece se terem dado bem o MP e o juiz. Clientes foram assediados, em troca de isenção. Muitos, com glamour, ganharam seus minutos nos meios de comunicação. O que se obteve, ao fim e ao cabo, foi uma “meia justiça”, já que se deixou fora quem se quis como, por exemplo, a irmã do delator. O MP e a Magistratura, tudo indica, fizeram um grande serviço para a tal senhora, afastando a concorrência. Condenados — isso sim — muitos pequeninos (como sempre), com du-

vidosa participação se visto o caso penal desde o ponto estritamente legal. Era preciso, porém, apresentar os “culpados” e, quiçá (embora fosse ingênuo), dar uma satisfação à sociedade, fazendo-a crer se ter, pela genialidade das investigações e dos acordos, os “causadores da peste”, tudo fundado na palavra fidedigna de **Guglielmo Piazza**, tal e qual no famoso processo da Peste milanese, conforme descrito de forma magistral por **Pietro Verri**. Trata-se, por evidente, de uma hipótese imaginária, mas que pode acontecer a qualquer momento, por força da crença na mera palavra; e no esquecimento do *primado das hipóteses sobre os fatos*. Muitos inocentes, contudo, podem pagar muito caro por não se crer que um dos lugares da palavra, do imaginário (como queria **Lacan**), é o falso.

O pior é que o resultado da delação premiada — e talvez a questão mais relevante — não tem sido questionado, o que significa ter a palavra do delator tomado o lugar da “verdade absoluta” (como se ela pudesse existir), inquestionável. Aqui reside o perigo maior. Por elementar, a palavra assim disposta não só cobra confirmação precisa e indiscutível como, por outro lado, deve ser sempre tomada, na partida, como falsa, até porque, em tais hipóteses, vem do “grande bandido”. Trata-se, portanto, de meia verdade e, assim, de uma não-verdade, ou seja, uma inverdade, pelo menos a ponto de não enganar quem tem os pés no chão; e cabeça da Constituição.

Não pode valer, por primário, o discurso do “Pelo menos pegamos alguns”. Esses *alguns* (dentre os quais inocentes) não cabem na estrutura democrática! ☐

Nota

* Este texto é a transcrição de parte da intervenção do autor no colóquio promovido pelo IBCCRIM, em São Paulo, em 24.11.05. Para um estudo mais aprofundado, vide o artigo, escrito em parceria com **Edward Rocha de Carvalho**, “Acordos de Delação Premiada e o Conteúdo Ético Mínimo do Estado”, a ser publicado no livro em homenagem a **Cezar Roberto Bitencourt**, org. **Andrei Zenkner Schmidt**, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Professor titular de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, especialista em Filosofia do Direito (PUCPR), mestre (UFPR), doutor (Universidade de Roma “La Sapienza”), chefe do Departamento de Direito Penal e Processual Penal da Faculdade de Direito da UFPR e representante da Área do Direito junto a Capes

I - Introdução

Inicialmente, agradeço ao IBCCRIM e ao IDDD o convite para participar da *Mesa de Estudos e Debates*, proposta a partir de iniciativa do Ministério da Justiça para refletir acerca da reforma do instituto da delação premiada.

Peço a compreensão dos leitores para o fato de remetê-los a texto anterior, sobre o tema, na perspectiva do Direito Processual Penal brasileiro. É que desde a edição do citado texto, composto para integrar a obra *Elementos para uma Análise Crítica da Transação Penal* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003), pouco ou nada mudou no panorama constitucional. A idéia central e as conclusões, portanto, permanecem inalteradas.

Sem embargo disso, compreendo a delicada posição do Ministério da Justiça. Pressionado pelas demandas de maior rigor na repressão penal, mas cativo das exigências de operar nos limites da Constituição da República, cabe ao Ministério encontrar o ponto de equilíbrio para que a resposta estatal aos delitos e, também, o modo como o processo penal se desenvolve respeitem os princípios fundamentais que formam a base do Estado de Direito.

Neste aspecto gostaria de chamar a atenção para o que se passa em nível internacional. Enquanto são inúmeras as vozes a clamar pela difusão ainda maior deste método — de delação premiada (cujo sentido será esclarecido adiante) — instrumento supostamente bem-sucedido em outros Estados, penso que estamos nos aproximando de perigosa senda, que atravessa o Estado de Direito e recupera para o Direito Penal e para o Processo Penal a racionalidade autoritária pré-moderna, que se pensava haver sido expurgada com a consagração do processo em contraditório, sob a direção de juiz imparcial.

No plano internacional hoje são ouvidas com maior intensidade as críticas à política norte-americana de repressão aos atos de terrorismo. Em 13 de dezembro de 2005, o jornal alemão *Der Spiegel* publicou sugestivas matérias sobre o assunto, uma das quais sob o título “*CLA: a Gestapo americana*”⁽¹⁾. O recurso à tortura, o desrespeito à soberania de outros Estados e o propósito de obter imunidade penal para agentes de segurança responsáveis por crimes supostamente praticados para evitar e/ou combater o terrorismo são exemplos de medidas amplamente empregadas pelo governo norte-americano, desde 11

de setembro de 2001, conforme a lógica de que os fins justificam os meios.

Dois pontos ressaltam deste empreendimento: a) o conhecimento público, ainda que parcial, das providências adotadas, violentadoras das chamadas “liberdades civis”; b) e, senão a aprovação tácita da opinião pública norte-americana, ao menos a ausência de crítica severa ao evidente descaso com a Constituição, estado de acomodação que perdurou por longo tempo.

A mim parece óbvio que a metáfora que justifica a inércia do público norte-americano está ligada ao fato de a reação, com

toda sua virulência inconstitucional, estar dirigida ao “outro”, isto é, a grupos étnicos com os quais o cidadão norte-americano não tende a se identificar.

A hipótese se comprova porque neste fim de 2005 e início de 2006 se tem a notícia, surpreendente para o cidadão dos Estados Unidos, de que seu governo “espionava” cidadãos norte-americanos, no próprio território, à margem da lei! Somente em virtude da ciência deste episódio inusitado é que se ouvem as fortes reações para restabelecimento do império das leis (e não dos homens!), que fundou a democracia contemporânea e estabeleceu o paradigma do Estado de Direito na modernidade⁽²⁾.

Quando o sujeito se percebe vítima das ações autoritárias compreende o fundamento dos direitos fundamentais, o significado de sua universalidade e a importância de seu caráter irrenunciável.

O que isso tem a ver com a delação premiada?

Penso que há estreita relação entre os assuntos. O que pretende a delação premiada, senão substituir a investigação objetiva dos fatos pela ação direta sobre o suspeito, visando torná-lo colaborador e, pois, fonte de prova!

Não há na delação premiada nada que possa, sequer timidamente, associá-la ao modelo acusatório de processo penal. Pe-

lo contrário, os antecedentes menos remotos deste instituto podem ser pesquisados no *Manual dos Inquisidores*. Jogar o peso da pesquisa dos fatos nos ombros de suspeitos e cancelar, arbitrariamente, a condição que todas as pessoas têm, sem exceção, de serem titulares de direitos fundamentais, é trilhar

o caminho de volta à Inquisição (em tempos de neofeudalismo isso não surpreende).

Para o Processo Penal com o núcleo acusatório que em minha opinião foi consagrado pela Constituição da República de 1988, cabe ao titular da ação penal demonstrar em juízo a responsabilidade penal do acusado. Deverá

fazer isso com provas que só alcançam esta “dignidade jurídica” porque se submetem ao contraditório.

Será visto adiante que o produto da delação premiada não preenche este requisito. Sua sedução está alicerçada em um juízo de “verdade” que parece tranquilizar as mentes dos profissionais do Direito. Sustento, porém, que a única tranquilidade possível para os que atuam no e com o processo penal está na fidelidade aos direitos fundamentais e na crença de que no atual estágio da humanidade (dita civilizada) não há espaço para supor que um ser humano possa ser instrumento do que quer que seja.

II - Da delação premiada

Começando pelo princípio, é necessário advertir que de modo direto não há previsão, no Brasil, para a transação penal, exceto no caso das denominadas infrações de menor potencial ofensivo ou para certos delitos tipificados no Código de Trânsito Brasileiro⁽³⁾. Existem, todavia, portas abertas ao acordo sobre a pena, em situações mais graves, mas que não podem levar o juiz a reduzir automaticamente a sanção com a dispensa do devido processo legal e ampla atividade probatória⁽⁴⁾.

O artigo 14 da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, assim expressa:

Geraldo Prado

“Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá a pena reduzida de um a dois terços”⁽⁵⁾.

O artigo 13 da mesma lei distingue da colaboração voluntária aquela “efetiva e” voluntária e promete o perdão judicial para a “efetiva e voluntária”.

Como está linhas atrás, a abertura de brecha proporcionada por esta lei, que em verdade segue a trilha das pioneiras Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990) e Lei do Crime Organizado (Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995)⁽⁶⁾, não importa em transação sobre a pena, embora envolva a disponibilidade sobre o processo, no caso de deferimento judicial do perdão. Nem por isso a questão é tranquila.

Assim é que a estrutura do processo penal brasileiro sempre tomou como relativa a confissão⁽⁷⁾, compreendida como admissão de fatos específicos⁽⁸⁾. Ademais, assegura-se ao réu, constitucionalmente, o direito de ficar em silêncio⁽⁹⁾ e, distinguindo acusado de testemunhas, fixa o regime jurídico destas últimas a partir do artigo 202 do Código de Processo Penal, sujeitando-as às penas do crime de falso testemunho⁽¹⁰⁾.

A posição processual do imputado — indiciado ou acusado — é de quem poderá resistir à pretensão do acusador, pessoalmente e/ou por seu defensor. A lei veda ao réu atuar como assistente do Ministério Público, interessado na condenação de outro acusado (artigo 270 do Código de Processo Penal). Caso admita a prática da conduta delituosa, assumindo a responsabilidade pelo fato, a rigor o réu tem direito à redução de sua pena, pois que a confissão espontânea funciona como atenuante genérica para qualquer infração penal⁽¹¹⁾.

O entrelaçamento entre estas diversas regras de Direito e Processo Penal demonstra, basicamente, duas coisas: desde 1988, com o advento da nova ordem constitucional, o comportamento processual do acusado não é mais (nem menos) que exercício de autodefesa; daí, conclusão segunda, não está sujeito ao contraditório. Vale dizer, com **Franco Cordero**, que o debate contraditório requer, pelo menos, duas pessoas em posições antagônicas, que intervenham perante uma que tem o dever de moderá-las⁽¹²⁾. A atuação em contraditório pressupõe a possibilidade de o ato praticado por uma parte ser

contrariado pela outra. Embora o confronto de argumentos integre o contraditório, o réu tem o direito de não produzir prova contra si mesmo e, portanto, pode calar ou mentir, o que leva ao esvaziamento de um possível debate entre o co-réu delatado e o delator⁽¹³⁾.

Na essência do instituto do contraditório, que foi definido por **Mendes de Almeida** como

“ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los”⁽¹⁴⁾, este elemento é a fermentação de que as partes se valem na instrução contraditória, objetivando convencer o juiz acerca do acerto de suas razões⁽¹⁵⁾. Neste

sentido, no processo penal o contraditório deve ser conjugado com a atividade que o qualifica e haverá de compreender, ainda nas pegadas de **Mendes de Almeida**, a instrução como procedimento de alegar e provar⁽¹⁶⁾. A rigor, não basta alegar e é necessário ter em mente que o conteúdo do interrogatório é formado por mera alegação do acusado, simétrica à denúncia, que por sua vez contém a alegação primária (imputação) do acusador.

Em ensaio profundo, anterior à Constituição de 1988, **Ada Pellegrini Grinover** posicionava-se contra a possibilidade de se tomar a mera alegação como meio de prova. Seus argumentos estavam estribados, em suma, em idênticas razões que fundamentam o artigo 8º, letra “g”, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)⁽¹⁷⁾. Nos dias atuais, aceitar a alegação de um réu como meio de prova é ainda mais impensável. Talvez aí esteja uma diferença fundamental entre o processo penal e os outros processos jurisdicionais, para os quais também existe, de ordinário, previsão de contraditório, mas que não asseguram a uma das partes o direito de calar, livrando-a de qualquer consequência jurídica negativa em virtude desta opção.

Para o entendimento mais claro da questão posta pela Lei de Proteção Especial a Vítimas e Testemunhas (pelo visto também aos réus colaboradores!), a condenação criminal de alguém, no Brasil, está condicionada à demonstração, por meio de provas colhidas em contraditório,

de que o condenado é penalmente responsável pela infração. Assim dispõe o artigo 5º, inciso LV, da Constituição e agir de outro modo significa negar vigência ao texto constitucional. No entanto, a norma penal ordinária atribui eficácia de extinção da punibilidade à conduta processual do indiciado ou acusado que servir não só como fonte de provas, mas como verdadeiro meio de provas.

Nunca se proibiu réu algum de confessar, e isso não teria sentido, pois violaria a liberdade de agir peculiar ao ser humano. Tampouco em terras habitadas a torturas estimula-se a confissão como meio de demonstrar algo. Do

ponto de vista puramente formal, nada impediria o Ministério Público de se aproveitar da confissão, como fonte de prova, para aprofundar sua pesquisa e introduzir provas obtidas em razão da fonte.

O que acontece agora é que a partir dessa sutil diferenciação, promovida pela indicação de um resultado da atividade processual do réu como meio de prova, no lugar de suas próprias declarações, intenta-se contornar as proibições constitucionais e transformar acusado em testemunha. Um exemplo revela a possibilidade: agente investigado por tráfico de cocaína indica espontaneamente o lugar onde “efetivamente” a substância é encontrada e aponta dois outros sujeitos como responsáveis pela droga. O encontro da cocaína no lugar apontado é indicio de que a outra informação, sobre a co-autoria do crime, também é verdadeira. A confirmação desse aspecto da imputação dependerá, porém, da inquirição em juízo, na qualidade de testemunha, não de um terceiro desinteressado, o que é peculiar à testemunha, mas de alguém confessadamente autor de crime, que tem todo interesse jurídico (perdão judicial, redução de pena, acaso flagrado) em que a responsabilidade recaia sobre aqueles que foram denunciados.

Neste exemplo, o contraditório como instrumento relativamente eficaz de descoberta da verdade (de formação da convicção) está inutilizado, uma vez que não há o ambiente de desinteresse que é essencial à produção da prova. Vale lem-

Do ponto de vista do garantismo, para cuja teoria o contraditório é indispensável recurso de elucidação da causa, a epistemologia autoritária, fundada na decisão judicial imotivada, prevalecerá sobre o conhecimento decorrente do contraditório, característica elementar ao Sistema Garantista.

brar que essa “delação premiada” é também uma confissão e, do ponto de vista psicológico, considerando a percepção ordinária dos juizes, será tratada dessa maneira. É possível, portanto, traçar um paralelo entre a delação premiada e a confissão e recordar a remissão de **Hélio de Bastos Tornaghi**, sobre a confissão, no sentido de que “*é sumamente tranquilizador... ouvir dos lábios do réu (delator) uma narrativa convincente do fato criminoso, com a declaração de tê-lo praticado*” (parêntese inserido nesta tese). Acrescenta o processualista que “*isso, aliás, acontece a qualquer homem normal*”⁽¹⁸⁾. Por que seria diferente na chamada de co-réu⁽¹⁹⁾?

Do ponto de vista do garantismo, para cuja teoria o contraditório é indispensável recurso de elucidação da causa⁽²⁰⁾, a epistemologia autoritária, fundada na decisão judicial imotivada, prevalecerá sobre o conhecimento decorrente do contraditório, característica elementar ao Sistema Garantista, fulminando o caráter estritamente jurisdicional de que depende o efetivo funcionamento das garantias processuais⁽²¹⁾. Conforme os pressupostos a que adiro, será negado o nexo entre legitimidade no exercício do poder punitivo e verdade, que edifica o esquema epistemológico e normativo compatível com a democracia⁽²²⁾.

A arquitetura da delação premiada, por sua vizinhança com a transação penal, guarda ainda outro elemento que em conexão com uma política criminal de penas cada vez maiores, tem potencial para prejudicar a apuração dos fatos, em processo público e em contraditório. O recrudescimento das penas, ditado pelo movimento de lei e ordem⁽²³⁾, facilita a “sedução” da delação, esgrimindo-se no campo do concreto com uma pena de efeito simbólico, que de fato nunca caberia ou seria aplicada, mas que, do ponto de vista da estratégia de convencimento, se converte em poderoso aliado.

Na verdade, não se tem notícia de que a delação premiada haja se transformado, em termos de emprego freqüente no Brasil, naquilo que é, por exemplo, nos Estados Unidos da América. ●

Notas

* Texto produzido em virtude de participação em *Mesa de Estudos e Debates*, promovida pelo IBCCRIM, em 24 de novembro de 2005, na sede do mencionado Instituto, em São Paulo. Ao texto foram incorporadas notícias acerca do desdobramento da “Guerra contra o Terrorismo”, como se convencionou chamar o conjunto de ações dessa natureza ordenadas pelo Governo dos Estados Unidos da América.

- (1) <http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/derspiegel/2005/12/13/ult2682u66.htm>, consultado em 1º de janeiro de 2006.
- (2) Ver artigo de **Dorrit Harazim**, publicado no *Jornal O Globo* de 1º de janeiro de 2006, sob o título: “Um despertar Americano?”, p. 29. Consultado na mesma data em <http://oglobo.globo.com/jornal/mundo>.
- (3) Artigo 291 da Lei nº 9.503, 23 de setembro de 1997. Vale lembrar que há infrações de menor potencial ofensivo definidas na Lei nº 9.605/98, relativa aos crimes ambientais.
- (4) Em pesquisa de fôlego, professores europeus de direito penal comparado optaram pelo mesmo critério, de não incluir a “participação do delinquente no processo penal”, expressão cunhada por **A Perrodet** para designar a colaboração premiada, no conceito de justiça negociada, sob pena de ampliar de tal modo e com tantas categorias heterogêneas, o citado conceito que ele terminaria perdendo a pertinência e utilidade operacional. Associação de Recherches Pénales Européennes (ARPE). **DELMAS-MARTY, Mireille** (dir.). *Procesos Penales de Europa*. Zaragoza: Edijus, 2000, p. 661.
- (5) Proposição semelhante aparece nos §§ 2º e 3º do artigo 32 da Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002, editada para regular o processo dos crimes ligados a substâncias entorpecentes.
- (6) Vide **GOMES, Abel Fernandes; PRADO, Geraldo; DOUGLAS, William**. *Crime Organizado: E suas Conexões com o Poder Público. Comentários à Lei nº 9.034/95 (Direito Penal e Processual Penal)*. Considerações Críticas. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2000.
- (7) Artigos 197-200 do Código de Processo Penal.
- (8) **Hélio Bastos Tornaghi** sublinha que por confissão deve-se entender “*a declaração pela qual alguém admite ser autor de crime*”, acrescentando que confessar é “*aceitar, como verdadeira, a autoria de um fato ilícito, puro e simples, ou de circunstância exacerbatante*”. **TORNAGHI, Hélio Bastos**. *Instituições de Processo Penal*, vol. 4, op. cit., p. 46.
- (9) Artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição da República.
- (10) Artigo 342 do Código Penal.
- (11) Artigo 65, inciso III, letra “d”, do Código Penal.

- (12) **CORDERO, Franco**. *Procedimiento Penal. Tomo II*. Bogotá: Editorial Temis, 2000, p. 201.
- (13) Sublinhe-se que o delatado não tem o direito de exigir do delator que responda a suas perguntas. Como deve ser “interpretado” o silêncio do delator a respeito de alguns dos pontos invocados pela defesa do delatado?
- (14) **ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de**. *Princípios Fundamentais do Processo Penal: A Contrariedade na Instrução Criminal; O Direito de Defesa no Inquérito Policial; Inovações do Anteprojeto de Código de Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 82.
- (15) Conforme esta perspectiva o juiz é o destinatário da atividade das partes (do resultado dessa atividade) e sua função é zelar para que os sujeitos parciais estejam aptos a deduzir suas alegações e produzir as provas. Nesta tese não se aceita o posicionamento de respeitável grupo de processualistas civis, no sentido de converter o juiz em sujeito ativo do contraditório, ou, como assevera **Cândido Rangel Dinamarco**, reconhecer que ele próprio, juiz, exerce o contraditório. **DINAMARCO, Cândido Rangel**. *Fundamentos do Processo Civil Moderno...*, op. cit., p. 124.
- (16) *Idem*, p. 115.
- (17) **GRINOVER, Ada Pellegrini**. “Uma proposta inovadora no Processo Penal”, in: *O Processo em sua Unidade II*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, p. 228.
- (18) **TORNAGHI, Hélio Bastos**. *Instituições de Processo Penal*, vol. 4, op. cit., p. 47.
- (19) Nenhuma nota sobre o assunto pode ser mais eloqüente do que as orientações contidas no *Manual dos Inquisidores*, escrito por **Nicolau Eymerich** em 1376 e revisto e ampliado por **Francisco de La Peña**, em 1578. **EYMERICH, Nicolau**. *Directorium Inquisitorium (Manual dos Inquisidores)*. Revisto e ampliado por **Francisco de La Peña**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993, pp. 98-104.
- (20) “*Nulla accusatio sine probatione*”, assinala **Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI, Luigi)**. *Derecho y Razón...*, op. cit., p. 93).
- (21) *Idem*, p. 539.
- (22) **FERRAJOLI, Luigi**. *Derecho y Razón...*, op. cit., p. 69.
- (23) Sobre o tema recomenda-se a leitura, entre outros, de *Crimes Hediondos* (**FRANCO, Alberto Silva**, 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000).

Geraldo Prado

Juiz de Direito no Rio de Janeiro, doutor em Direito pela UGF, professor-adjunto de Processo Penal da UFRJ e do curso de Mestrado em Direito da Unesa

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**.

QUESTÕES RELEVANTES SOBRE A RECLAMAÇÃO JUDICIAL DE RESPOSTA NA LEI DE IMPRENSA

Nilo Batista e Cláudio Costa

“O que não se deve permitir é que qualquer (...) periódico (...) se arvore em único porta-voz do certo, da moral e do justo, enfeixando num só ente poderes de polícia, do Ministério Público e dos Poderes Judiciário e Executivo, acusando uma pessoa, julgando-a e executando a pena, sem ouvi-la e sem permitir defesa, tudo em única instância, divulgando fatos que dizem serem verdadeiros, condenando por um comportamento que afirma não ser correto, e submetendo tal indivíduo ao escárnio nacional sem defesa e sem recurso!”
(juiz **Ciro Campos**, TACrimSP – AC 802.835/7)

Estas breves notas recolocam perante o leitor uma questão insculpida pela Constituição da República de 1988 entre as garantias individuais (art. 5º, inc. V): o direito que os cidadãos têm de se defender do poder opressivo e arrogante da imprensa, através de retificações esclarecedoras. Esse é um tópico importante na própria estrutura do pacto constitucional brasileiro; não foi por acaso que o constituinte de 1988 fez inscrever como direito público subjetivo o direito de resposta proporcional ao agravo.

Não há quem consiga, verificando o retrospecto dos casos criminais noticiados de forma errônea e equivocada, deixar de indignar-se com este poder sem controles no qual se vem transformando a imprensa, nessa conjuntura desafortunada que atravessamos. A arrogância da imprensa não conhece hoje limites: usurpa funções dos poderes estatais e, como se fosse um ente absolutamente superior e impoluto, impõe suas “verdades” como inquestionáveis.

Indubitavelmente, existe “ação” no âmbito do direito de resposta, no sentido meramente processual de “direito ao julgamento do pedido” ao qual se referia **Liebman** (*Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*, 1976, São Paulo: Ed. J. Bushatsky, p. 130). Seria possível até mesmo dizer que se trata de “ação penal”, por deduzir-se perante a jurisdição penal; nesta linha, também seriam ações penais o *habeas corpus*, a revisão criminal e o próprio mandado de segurança contra ato jurisdicional penal, como lembra **Afrânio Silva Jardim** (*Ação Penal Pública*, 1988, Rio de Janeiro: Ed. Forense, p. 30). Poder-se-ia mesmo dizer que se trata de “ação penal condenatória a preceito cominatório”, como fez o eminente juiz e professor **Sérgio Pitombo** no julgamento da AC nº 798.447/9 (TACrimSP).

Entretanto, a ação penal contemplada no Título III do Livro I do Código de Processo Penal (artigos 24 *usque* 62) é obviamente a ação penal condenatória em

sentido estrito, na qual se persegue um provimento jurisdicional consistente numa pena e com esta não se confunde o direito de resposta. Sua “expressão mais simples” — disse-o **Canuto** — é a acusação (*Processo Penal - Ação e Jurisdição*, 1975, São Paulo: Ed. RT, p. 116). A referência a uma “pena criminal” está na definição de **Frederico Marques** (*Elementos de Direito Processual Penal*, 1961, Rio de Janeiro: Ed. Forense, v. I, p. 310). Da ação penal dizia **Jorge Alberto Romeiro** constituir “o meio pelo qual atua a **pretensão punitiva**” (*Da Ação Penal*, 1949, Rio de Janeiro: Ed. Forense, p. 11). O mestre mineiro **José Barcelos de Souza** afirma que “com o exercício da ação penal se persegue (...) a **punição de um crime**, a imposição de sanção cominada na lei penal” (*Teoria e Prática da Ação Penal*, 1979, São Paulo: Ed. Saraiva, p. 6).

A “**queixa**” é a designação para o instrumento da petição inicial nas ações penais condenatórias em sentido estrito privadas, isto é, originadas de um crime perseguível por iniciativa da própria vítima ou de representantes dela indicados pela lei. Logo, qualquer exigência formal que seja estabelecida para a **queixa** tem seu âmbito de eficácia restrito aos casos de ações penais condenatórias privadas que persigam a aplicação de uma pena criminal.

A reclamação judicial de resposta não é formulada através de queixa; recorde-mos que a definição de responsabilidade sobre eventual denunciação caluniosa, que é a razão essencial da exigência formulada pelo artigo 44 do CPB, simplesmente não teria aplicação no âmbito do direito de resposta. “O direito de resposta não é pena” — escreveu **Darcy Arruda Miranda** (*Comentários à Lei de Imprensa*, 1969, São Paulo: Ed. RT, v. II, p. 608).

A jurisprudência também se ocupa corriqueiramente dessa distinção. O Supremo Tribunal Federal, em aresto da relatoria do ministro **Marco Aurélio**, afirmou:

“Habeas corpus - Lei de Imprensa - Direito de resposta — O habeas corpus não é meio hábil a questionar-se prescrição de ação que implicou o acolhimento de direito de resposta. A multa prevista para o descumprimento da obrigação de fazer, até vir a ser observada, tem contornos não de pena mas sim patrimoniais, visando a coerção própria ao desiderato colimado” (STF – 2ª T., unânime, DJ 24.mar.95, p. 6.806).

Na mesma linha, o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em decisão da lavra do juiz **Corrêa Dias**:

“A sanção pecuniária do artigo 32, §5º da Lei de Informação, de natureza administrativa (...)” (Julgados TACrimSP 78/74).

Que a reclamação judicial de resposta e a ação penal privada por crime de im-

pressão constituem iniciativas processuais distintas também é matéria completamente pacífica:

“O pedido de resposta deve ser dirigido ao diretor do jornal enquanto que a ação penal deve ser dirigida contra o autor da matéria” (juiz **Rubens Gonçalves**, TA-CrimSP, Julgados 91/332).

A Constituição da República elevou o direito de resposta à condição de garantia individual, ou seja, direito público subjetivo. A partir desta elevação, sua natureza jurídica é reconhecida pela melhor doutrina:

“O direito de resposta e, por extensão, o direito de retificar são garantias fundamentais de natureza individual e coletiva (...) e também mecanismos éticos visando a correta informação como dever elementar dos meios de comunicação social” (**René Dotti**, “Princípios Constitucionais relativos aos Crimes de Imprensa”, in *Rev. Portuguesa de Ciência Criminal*, 1995, Lisboa: Ed. Aquitas, nº 5, p. 54).

Tal garantia constitucional, como lecionam **Celso Ribeiro Bastos** e **Ives Gandra Martins**, abrange “qualquer notícia que o envolva (ao cidadão) com inverdade ou incorreção” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 1989, São Paulo: Ed. Saraiva, p. 45).

Como disse com precisão **Cretella Júnior** “não interessa o conteúdo ou o sentido do artigo, crítico ou elogioso, citando dados exatos ou não, porque o direito de resposta nasce no momento em que alguém é descrito no artigo, sendo o criticado o único juiz da oportunidade ou conveniência de exercer o direito de resposta, desde que seu nome foi citado” (**Cretella Júnior**, *Comentários à Constituição Brasileira*, 1988, Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, v. I, p. 213). Esta teoria, que outorga ao cidadão mencionado inverdade ou equivocadamente a qualidade de árbitro da oportunidade da resposta, remonta ao nosso primeiro projeto de lei de imprensa, de 1822, e é ainda hoje prestigiada por muitos autores, como por exemplo **Darcy Arruda Miranda** (*op. cit.*, II vol., p. 626).

Seu verdadeiro significado não implica que não toque ao magistrado verificar os pressupostos legais do cabimento da resposta, mas sim realça que no desigual cotejo entre os meios de comunicação social e o cidadão, cabe a este decidir sobre a oportunidade e conveniência de proceder às retificações que entender cabíveis. De fato, o magistrado criminal que considera uma reclamação judicial de resposta não está decidindo sobre a existência dos fatos perante ele agitados, mas apenas sobre a pertinência da retificação diante da publicação questionada. Este é o horizonte adequado para a compreen-

são dessa forma especial de atuação do magistrado criminal, e foi ela brilhantemente formulada, não por um doutrinador, mas precisamente por um magistrado, o então juiz **Dante Busana**:

"Parece certo que o exercício do direito de resposta não deve ficar condicionado à demonstração do erro ou inverdade da notícia. O ofendido não disporá, na maior parte dos casos, de prova pré-constituída a respeito, e a urgência na publicação da resposta não aconselharia dilação probatória, que o legislador não previu. (...) A inverdade ou errônea do fato será objeto de cognição sumariíssima e poderão ser presumidas em favor do titular do direito de resposta, desde que este a apresente, de forma clara e inequívoca. Desse modo se propiciará que à versão da notícia seja contraposta a de quem se sinta ofendido, permitindo à opinião pública cotejá-las e formular juízo sobre o fato. A resposta ou retificação não permitirá, em todos os casos, conhecer a verdade, mas ensinará o conhecimento das 'verdades' em conflito, estabelecendo contraditório protetor da honra de quem foi acusado" (TACrimSP, RT 581/333).

Essa admirável decisão apresenta uma concepção realmente democrática do direito de resposta, como simples contraposição de verdades.

O noticiário policial, por sua própria natureza, merece cuidados especiais. Em seu livro, precisamente sobre o tema (*Do Direito de Resposta na Lei de Imprensa*, 1985, São Paulo: Ed. Saraiva, p. 44) escreve **Rubem Cione** que *"a imprensa deve limitar-se e circunscrever-se a noticiar o fato, sem tecer comentários às figuras envolvidas, como por exemplo adiantar conclusões de inquéritos que venham a ferir a reputação"*, acrescentando que *"não cabe ao noticiário adiantar-se"*, sob pena de sujeitar-se à resposta.

Em criminologia, fala-se de julgamento pela imprensa (*trial by the media*) para caracterizar situações nas quais os meios de comunicação pressionam fortemente a opinião pública — com eventuais reflexos na orientação decisória de membros do júri ou mesmo de juízes togados — para influenciar em determinado sentido o veredicto.

Vemos mesmo, às vezes, a circunstância particularmente perversa de que o órgão julgador que empreende o *trial by the media* é a própria vítima do crime a ser apurado, fato que deveria levá-lo, bem ao contrário, a uma posição de moderação e prudência, na equivalência ética do impedimento judicial.

Israel Drapkin, retomando o conhecido trocadilho para falar numa *"libertinagem de imprensa"*, execra os veículos sensacionalistas e escandalosos, que não beneficiam ninguém: *"ni el ciudadano, ni el periodista, ni la sociedad en que ambos viven y aspiran a mejorar"* (*Criminología de la*

Violencia, trad. **E. Neuman**, 1984, Buenos Aires: Ed. Depalma, p.58).

Ester Kosovski considera serem *"vítimas da imprensa"* todas aquelas *"pessoas a respeito de quem se noticiam fatos falsos, sem maior investigação, levianamente, sem testar as fontes, atingindo a sua honra, dignidade, reputação e bom nome"* (*Ética na Comunicação*, 1995, Rio de Janeiro: Ed. Mauad, p. 27).

Num livro em que se fez a crônica de um dos maiores linchamentos da imprensa brasileira, o chamado caso da Escola Base, o próprio jornalismo admitiu a provisoriedade e os riscos de uma publicação que se fundamente apenas num inquérito policial:

"De fato, juridicamente, um inquérito policial significa quase nada. (...) Só com uma sentença transitada em julgado pode-se considerar alguém definitivamente culpado. (...) Sempre existiu apenas uma verdade no episódio da Escola Base: sete acusados são inocentes. O entendimento dessa realidade ficou comprometido porque a imprensa não munuiu o público com informações para tanto; limitou-se a veicular as acusações" (**Alex Ribeiro**, *Os Abusos da Imprensa*, 1995, São Paulo: Ed. Ática, pp. 158 e 162).

O Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, em hipótese de noticiário policial, decidiu:

"Assiste o direito de retificação ou resposta se a querelada ao invés de se limitar à notícia da ocorrência, adianta conclusões que ferem a reputação do querelante" (TACrimSP, rel. juiz **João Guzzo**, RT 425/344).

Entretanto, ainda que tal envolvimento adotasse fórmula oblíqua, não seria menor o seu direito:

"O ataque encoberto, disfarçado, indireto ou equívoco dá lugar, também, ao exercício do direito de resposta" (**Serrano Neves**, *Direito de Imprensa*, 1977, São Paulo: Ed. J. Bushatsky, p. 226).

Assinala com precisão cirúrgica **Darcy Arruda Miranda** (*op. cit.*, vol. II, p. 614) que:

"Qualquer, porém, que seja o erro, se a divulgação errônea contiver acusação, direta ou indireta, a alguém, o direito de resposta ou retificação se realça indiscutivelmente".

Na verdade, como visto, são bem limitadas as possibilidades decisórias do direito de resposta. Há quem diga que se trata de questão *"mais ética do que legal"* (**Gustavo Bonato Fruet**, *Lei de Imprensa*, Curitiba, 1991, mimeo, p. 93), de um *"meio mais prático e eficaz"* para *"a refutação cabal de todas as ofensas"*, como, sob o regime da lei anterior, já dizia **Leite Filho** (*Commentários à Lei de Imprensa*, 1925, Rio de Janeiro: Ed. J. Leite & Cia, p. 189).

Esse aspecto foi versado pelo juiz **Lauro Alves**:

"A lei nº 5.250, de 1967, nos seus parágrafos

do artigo 32, se refere a 'decisão', que não tem o significado técnico rigoroso de 'sentença'. O juiz 'decide' por via de 'sentença', 'despacho' ou 'resolução', pondo fim a uma questão controvertida. A decisão judicial pode ser proferida em forma de mero despacho interlocutório, ou sob a forma de sentença. Como 'decisão' de um modo genérico, sem necessidade das formalidades do artigo 381, o juiz acolheu o pedido de publicação, com fundamento em lei. Alcançado o objetivo da lei, inócua seria a decretação de nulidade, que não chegou a influir na apuração da verdade substancial da causa, amplamente discutida pelas partes interessadas" (Julgados TACrimSP 51/201).

Em verdade, as três perguntas a serem feitas pelo magistrado para deferir a publicação da resposta são de extrema simplicidade:

1. O requerente foi mencionado na matéria?
2. Essa menção veiculou fato inverídico ou errôneo (art. 29 da Lei nº 5.250/67)?
3. Sua resposta observa as restrições do artigo 34, incisos I a V, da Lei de Imprensa?

Se essas três perguntas forem respondidas afirmativamente a consistência jurídica do direito de resposta é inquestionável.

Por fim, há o questionamento comum sobre o prazo prescricional aplicável ao direito de resposta. Como vimos, reclamação judicial de resposta tem cunho eminentemente administrativo-civil e, por isso, não se submete ao prazo prescricional de dois anos previsto no art. 41 da Lei nº 5.250, de 09.fev.67. Este incide unicamente sobre as **infrações penais** por meio da imprensa. É um erro lógico-jurídico afirmar a condição de procedimento administrativo-civil da reclamação judicial de resposta e querer aplicar-lhe as regras de prescrição destinadas unicamente aos crimes de imprensa.

Diante do reconhecimento, por várias instâncias judiciais brasileiras e mesmo por sua mais Alta Corte de Justiça, do caráter administrativo-civil da reclamação judicial de resposta, o correto seria aplicar-lhe o seu correspondente lógico: as regras de prescrição para o exercício de direito pessoal no Código Civil. Ou seja, exercido o requerimento dentro do prazo decadencial de 60 (sessenta) dias previsto no artigo 29, § 2º, da Lei nº 5.250, de 9.fev.1967, o prazo prescricional aplicável seria aquele previsto no artigo 205 do Código Civil de 2002, *i.e.*, o prazo de 10 (dez) anos previsto para todos os direitos pessoais que não se encontram previstos de forma diversa nos artigos seguintes.

Antes ainda da vigência do novo Código Civil, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em acórdão da lavra do des. **João Antônio**, unanimemen-

te afirmou a aplicabilidade das regras de prescrição dos direitos pessoais à reclamação judicial de resposta:

“Direito de resposta. Lei de Imprensa. Procedimento de cunho administrativo-civil, não sujeito à regra de prescrição do artigo 41 da Lei de Imprensa, esculpida para as ações. O Direito de Resposta é uma providência de caráter administrativo-civil, não se sujeitando à norma do artigo 41 da Lei de Imprensa e sim à regra geral de prescrição de que cuida o artigo 177 do Código Civil” (TJRJ, Rec. em Sentido Estrito nº 546/2000, j. 08.mar.2001).

Ainda que se admita conotação de ação penal na reclamação judicial de resposta e que se lhe aplique, teratologicamente, o prazo prescricional do artigo 41 da Lei nº 5.250, de 09.fev.67, há que se reconhecer — *pari passu* — que **tal prazo se interrompe por duas vezes**: a primeira interrupção ocorre quando do despacho que determina o processamento da reclamação judicial de resposta, analogicamente equiparável ao “recebimento da denúncia ou queixa” (art. 117, I, do CP); e a segunda interrupção de tal prazo se dá quando da prolação da sentença que ordena a publi-

cação da resposta, e, portanto, analogicamente equiparável à sentença condenatória, causa de interrupção da prescrição, na dicção expressa do artigo 117, inciso IV, do Código Penal. 

Nilo Batista

Advogado e professor titular de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Cândido Mendes

Cláudio Costa

Advogado e mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes

MANUTENÇÃO DE DEPÓSITOS NO EXTERIOR E NECESSIDADE DE SUA DECLARAÇÃO (CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, *IN FINE*, DA LEI Nº 7.492/86)

Andrei Zenkner Schmidt e Luciano Feldens

I - Apresentação do problema

Na história recente do Direito Penal brasileiro, e mais precisamente no âmbito daquilo que se vem designando *criminalidade financeira*, figura o art. 22 da Lei nº 7.492/86 como um dos delitos mais expressivos. Genericamente tratado como crime de *evasão de divisas*, aludido dispositivo penal, conquanto integralmente voltado à proteção da política cambial, contempla, em realidade, três hipóteses típicas autônomas: uma brotando do *caput* e outras duas de seu parágrafo único, primeira e segunda partes. Interessá-nos, ao presente ensaio, esta última figura típica, cujas elementares são ora destacadas no contexto do tipo global: “Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título promove, sem autorização legal, a saída de moeda para o exterior, ou **nele** [exterior] **man-tiver depósitos não declarados à repartição federal competente**”.

Remanesce, no particular, importante controvérsia respeitante à sua adequada configuração típica, a qual não parece tenha sido, até o momento, desnudada com rigor: afinal, qual é a “repartição federal competente” de que trata o parágrafo único (*in fine*) em questão?

A doutrina brasileira é praticamente unânime em afirmar que a declaração a que faz menção o tipo é a devida perante a Receita Federal⁽¹⁾. Nesse caso, havendo omissão de informação ao Fisco acerca dos valores mantidos em depósito no exterior, o fato seria típico. No mesmo sentido é o entendimento jurisprudencial⁽²⁾.

A questão não é de tão simples resolu-

ção, assumindo uma certa complexidade. Segundo nos parece, o problema há de ser enfocado sob uma dúplice perspectiva: a) primeiramente, em face da objetividade jurídica tutelada; b) em um segundo momento, devemos identificar as imposições de índole normativo-administrativas que, projetando-se sobre o titular de depósitos no exterior, complementam a figura típica.

II - Resolução do problema a partir do bem jurídico tutelado

Desde já, cabe seja esclarecido: o delito sob apreço não ostenta, pelo menos imediatamente, nenhuma conotação fiscal. Perspectivando o problema à luz do bem jurídico tutelado, basta lembrar que o crime de evasão de divisas, nas três modalidades descritas no art. 22 da Lei nº 7.492/86, reforça a tutela jurídica da saída irregular de moeda nacional ou estrangeira de nosso País ou da manutenção de ativos, por brasileiros, no exterior (proteção à política cambial, a partir de uma exigência de regularidade na operacionalização do mercado de câmbio, em face de seus iniludíveis efeitos sobre a política econômica do País). A seu turno, os crimes contra a ordem tributária cogitáveis (arts. 1º, I e II, e 2º, I, da Lei nº 8.137/90) desempenham proteção jurídico-penal em relação à regularidade na arrecadação fiscal do Estado e/ou à veracidade das informações que cabem lhe sejam prestadas. Essa, por si só, uma razão bastante para afirmarmos que uma declaração prestada perante o Fisco não poderia, hoje em dia, suprir a exigência legalmente estabelecida em relação a um crime contra o Sistema Financeiro Nacional, seja porque a administração não é una (como não o é a ilicitude administrativa) — haja vis-

ta a recém demonstrada diversidade de objetividades jurídicas —, seja porque o Banco Central e a Receita Federal, pelo menos em princípio, não compartilham das mesmas informações.

Por outro lado, sabe-se que as políticas fiscal e cambial, embora distanciáveis ante os objetivos específicos a que estão predispostas, repercutem *relativamente* uma sobre a outra, na medida em que são, ambas, instrumentos da política econômica global. Atente-se, a tanto, que os objetivos da política econômica geral do governo identificam-se com os objetivos fundamentais das políticas monetária (controle da oferta da moeda), fiscal (política de receitas e despesas) e cambial (controle das operações cambiais e administração da taxa de câmbio), consistindo, em essência, na promoção do desenvolvimento econômico, na estabilidade do preço, no controle da inflação e no equilíbrio do volume financeiro das transações com o exterior⁽³⁾.

De tal sorte, mesmo que se considere ser a Receita Federal como a “repartição federal competente”, destinatária da declaração solicitada pelo tipo — ponto esse que enfrentamos no item seguinte —, sob nenhuma hipótese se poderia afirmar que uma tal obrigatoriedade tenha sido edificada à proteção da ordem tributária. Um tal entendimento, se não esvazia o conteúdo (especial) da Lei nº 8.137/90, franqueia, em face dessa mesma lei, um objetável *bis in idem*.

III - Resolução do problema a partir do dever (legal) de declaração dos depósitos no exterior

Há muito que a legislação brasileira prevê declarações distintas (financeira, endereçada ao Banco Central, e fiscal, à Receita Federal) para a manutenção de

depósitos no exterior. Já em 1969 havia exigência legal de declaração ao Banco Central acerca desses valores, consoante estabelecia o art. 1º do Decreto-lei nº 1.060: “*Sem prejuízo das obrigações previstas na legislação do imposto de renda, as pessoas físicas ou jurídicas ficam obrigadas, na forma, limites e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, a declarar ao Banco Central do Brasil, os bens e valores que possuem no exterior, podendo ser exigida a justificação dos recursos empregados na sua aquisição*”.

Todavia, o procedimento específico regulamentando a necessidade de declaração de depósitos no exterior ainda tardaria muito a vir. Apenas se consubstanciaria, conforme a seguir demonstramos, em 2001, por meio da Circular/Bacen nº 3.071. Até então, os dados respeitantes aos depósitos de brasileiros no exterior apenas eram atingíveis mediante consulta (em todo o caso, indireta) às declarações de renda dos contribuintes, que a tanto estavam obrigados a partir de um dever genérico (fiscal) de informação patrimonial.

Nada obstante, a ausência de previsão legal específica (é dizer, perante o Banco Central) acerca do procedimento dessa declaração, quando da entrada em vigor da Lei nº 7.492/86, não despertou maiores preocupações na comunidade jurídica. Primeiramente, porque o Brasil manteve sua economia fechada até o início da década de 90, caso em que problemas relacionados à evasão de divisas eram menos frequentes. De outro lado, o atraso tecnológico brasileiro que perdurou até o final do século XX, associado à tardia inserção de nossa economia no mundo globalizado, também podem ser lembrados como importantes fatores que colaboraram à ausência de interesse em potencializar a tutela jurídica sobre o controle das divisas nacionais.

O processo de abertura da economia brasileira verificado nos anos 90, contudo, fez recair sobre o Banco Central uma atribuição relevante: a necessidade de tal órgão controlar a moeda estrangeira que entrava em nosso País, assim como a moeda nacional ou estrangeira que rumava ao exterior, a fim de que as variações do câmbio, para além de previsíveis, se tornassem controláveis. Essa necessidade de controle foi incrementada quando o Banco Central viu-se obrigado a criar o “câmbio-flutuante” como forma de reduzir o ágio verificado entre o câmbio oficial e o paralelo. Assim é que, numa economia aberta, a entrada e a saída de capital deve ser livre, desde que controlada⁽⁴⁾.

Essa tendência confirmou-se com a publicação, em 30/06/1995, da Lei nº 9.069/95, que, em seu art. 65, estabeleceu, em linhas gerais, que a entrada e saída de moeda nacional e estrangeira, quando o

valor fosse superior ao equivalente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), deveriam ocorrer exclusivamente através de transferência bancária, sendo válida, a *contrario sensu*, a saída de moeda em espécie, desde que em valor inferior a esse limite.

Apenas em 07/12/2001, com a edição da Circular/Bacen nº 3.071, é que a declaração de depósitos mantidos por brasileiros no estrangeiro viria a ser regulamentada pelo Banco Central. Em coerência ao que disposto no art. 65 da Lei nº 9.069/95, a Circular consignou que os depósitos superiores ao equivalente a R\$ 10.000,00, mantidos no ano de 2001, deveriam ser declarados ao Banco Central no período fixado entre 02/01/2002 e 31/05/2002. A mesma normativa, assim, isentou da declaração referida os brasileiros que, no estrangeiro, mantivessem ativos inferiores ao equivalente a R\$ 10.000,00.

Tal sistemática foi modificada em relação aos depósitos mantidos no estrangeiro no ano de 2002. Por meio da Circular/Bacen nº 3.181, de 06/03/2003, tais depósitos deveriam ser declarados ao Banco Central, entre 10/03/2003 e 31/05/2003 (art. 1º). Entretanto, o limite para a isenção da declaração, antes estabelecido em R\$ 10.000,00, foi elevado para R\$ 300.000,00 (art. 3º).

Nova modificação, relacionada ao limite do valor objeto da declaração, foi produzida em relação aos depósitos mantidos em 2003. A Circular/Bacen nº 3.225, de 12/02/2004, exigiu que fossem informados, entre 10/03/2004 e 31/05/2004, os depósitos superiores ao equivalente a US\$ 100.000,00 (cem mil dólares), estando isentos da declaração todos aqueles que mantivessem ativos inferiores a tal limite. A mesma sistemática foi mantida em 2005, em relação aos depósitos mantidos no ano de 2004, consoante regulamentado pela Circular/Bacen nº 3.278, de 23/02/2005.

A importância dessas declarações foi explicitada pelo próprio Banco Central do Brasil⁽⁵⁾: “*o levantamento de capitais brasileiros no exterior vem **completar** a contabilidade do total de ativos e de passivos externos do Brasil, permitindo a aferição da Posição Internacional de Investimentos (PII) — importante fonte de informações para a formulação da política econômica nacional.*

Adicionalmente, os dados obtidos permitem ao País atender à Pesquisa Coordenada sobre Investimentos em Portfólio (Coordinated Portfolio Investment Survey - CPIS), gerenciada pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) e que envolve mais de 80 países comprometidos com a divulgação do quadro total de ativos, desagregados por diferentes rubricas”.

Resulta facilmente compreensível, pois, que a específica exigência de declaração ao Banco Central nada tem a ver com o controle *fiscal* desses valores. Nes-

se rumo, o entendimento (doutrinário e jurisprudencial) segundo o qual a declaração a que se refere a parte final do parágrafo único do art. 22 da Lei nº 7.492/86 tem como repartição destinatária a Receita Federal encontra um condicionamento lógico-temporal, revelando-se válido apenas se compreendermos tal exigência como *subsidiária* à declaração

que, apenas em 2001, e por meio da Circular/Bacen nº 3.071, tornou-se exigível fosse prestada perante o Banco Central.

De mais a mais, as variações que as Circulares do Banco Central sofreram entre os anos de 2001 e 2005, quanto aos limites fixados para a exigência da declaração, nos demonstra que a política cambial relacionada ao controle de ativos depositados no estrangeiro pode sofrer mudanças frequentes. Prova disso é que, consoante referido pelo próprio Banco Central⁽⁶⁾, o aumento do limite de R\$ 10.000,00 para R\$ 300.000,00, verificado em 2003, deveu-se ao fato de a “*participação de pequenos investimentos no exterior*” ter demonstrado “ *pouca representatividade frente aos totais apurados*”. Já em 2004, adotou-se a recomendação internacional de que os valores fossem convertidos na moeda onde o depósito é mantido.

É correto afirmar, então, que estamos diante de uma política cambial que varia conforme a necessidade de controle desempenhado pelo Banco Central. Ora, uma vez constatado que tais normas administrativas complementam a figura típica, não poderia resultar outra conclusão que não a de que estamos diante de uma norma penal em branco, de natureza excepcional, nos termos do art. 3º do CP. Vale dizer: a adequação típica da

A adequação típica da conduta de manter depósito no estrangeiro, nos exatos termos do art. 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei nº 7.492/86, pressupõe que o agente não tenha feito a declaração relacionada à Circular que tratava do respectivo período em que tal depósito foi mantido, não se podendo falar, em princípio, em retroatividade de *lex mitior* no caso de superveniência do aumento do limite legal para a declaração.

➔ conduta de manter depósito no estrangeiro, nos exatos termos do art. 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei nº 7.492/86, pressupõe que o agente não tenha feito a declaração relacionada à Circular que tratava do respectivo período em que tal depósito foi mantido, não se podendo falar, em princípio, em retroatividade de *lex mitior* no caso de superveniência do aumento do limite legal para a declaração.

Conseqüentemente, pode incorrer no delito referido aquele que: a) em 2001, manteve depósito superior ao equivalente a R\$ 10.000,00 sem a devida declaração ao Banco Central no ano subsequente; b) em 2002, manteve depósito superior ao equivalente a R\$ 300.000,00, sem a declaração legalmente exigida em 2003; c) em 2003 e/ou 2004, manteve depósitos superiores a US\$ 100.000,00, sem a declaração exigida nos termos legais. Eventual aumento do limite, no ano posterior, não suprime a ilicitude da conduta relativa ao depósito mantido ilegalmente no ano anterior (exemplo: alguém que, em 2001, manteve depósito no valor de US\$ 20.000,00, sem declará-lo ao Banco Central no prazo legalmente estabelecido, não pode ser beneficiado pela retroatividade da Circular nº 3.181/03, que aumentou o limite mínimo de declaração para R\$ 300.000,00).

Em qualquer hipótese, a manutenção de depósitos, em valores abaixo do limite legalmente estabelecido para a declaração, torna a conduta atípica. É dizer, se a Circular do Banco Central, respectiva ao ano do depósito, não exige a declaração abaixo de um tal ou qual valor, revela-se equivocado cogitar-se que o agente esteja incorrendo em delito contra o Sistema Financeiro sem que se tenha verificado o ilícito cambial⁽⁷⁾.

IV - Síntese

A título de síntese, podemos anotar que:

a) o parágrafo único, *in fine*, do art. 22 da Lei nº 7.492/86 não ostenta, sequer indiretamente, proteção jurídico-penal à ordem tributária; ou seja, dele não decorre uma dúplice proteção jurídica a englobar, a um só tempo, as ordens tributária (fiscal) e financeira (cambial); aliás, a conduta do art. 2º, I, da Lei 8.137/90 (ou mesmo do art. 1º e incisos da Lei nº 8.137/90) cobriria, no particular, a proteção jurídico-penal da ordem tributária, *em sendo o caso*;

b) ainda assim, até o advento da Circular/Bacen nº 3.071/2001, mostra-se razoável o entendimento segundo o qual, para efeitos de configuração típica do parágrafo único, parte final, do art. 22 da Lei nº 7.492/86, a exigência de que trata o dispositivo é aquela a ser prestada à Receita Federal, isso em face de um dever genérico (fiscal) de informação patrimonial, cujos dados, em

sendo o caso, seriam indiretamente apreciados pelo Banco Central;

c) a partir da edição da Circular/Bacen nº 3.071/2001, que instituiu a Declaração de Capitais de Brasileiros no Exterior, não remanesce dúvida sobre ser o Banco Central a “repartição federal competente” destinatária das informações sobre a manutenção de depósitos no exterior a que alude o tipo; precisamente, e tal como anotado pelo Banco Central, esta legislação teve por objetivo “mapear um quadro *mais preciso* dos capitais brasileiros no exterior e conhecer a composição do passivo externo líquido do País”⁽⁸⁾, dados esses convenientes e necessários à formação da política cambial do País, sendo essa, precisamente, a finalidade protetiva da norma. ●

Notas

- (1) Nesse sentido: **TIGRE MAIA, Rodolfo**. *Dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 139; **TÓRTIMA, José Carlos**. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 140; **OLIVEIRA LIMA, Sebastião, TOSTA DE LIMA, Carlos Augusto**. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*, São Paulo: Atlas, 2003, p. 116.
- (2) V. TRF da 1ª Região, ACr nº 200336000154271, 3ª Turma, rel. des. **Tourinho Neto**, j. em 12/04/2005, DJU de 29/04/2005, p. 16; TRF da 1ª Região, ACr nº 200336000126046, 4ª Turma, rel. des. **Carlos Olavo**, j. em 08/03/2005, DJU de 04/04/2005, p. 16; TRF da 4ª Região, HC nº 20050401017805, 8ª Turma, rel. des. **Luiz Fernando Penteado**, j. em 08/06/2005, DJU de 15/06/2005.
- (3) Nesse tom: **FORTUNA, Eduardo**, *Mercado Financeiro – Produtos e Serviços*, 16ª ed., Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005, pp. 47-62.
- (4) Isso é o que dispõe o art. 17 do Decreto nº 42.820/57, ainda considerado vigente pelo Bacen: “É livre o ingresso e a saída de papel-moeda nacional e estrangeiro, bem como de ações e de quaisquer outros títulos representativos de valores”.
- (5) Banco Central do Brasil — *Relatório de Capitais Brasileiros no Exterior* (2001-2005) (www.bcb.gov.br).
- (6) Cf. *Relatório de Capitais Brasileiros no Exterior* (2001-2005), cit.
- (7) Obviamente, tal conclusão não se aplica ao caso de o agente manter depósito abaixo do limite legal, mas cuja evasão operou-se ilegalmente nos termos do *caput* ou da primeira parte do parágrafo único do art. 22 da Lei nº 7.492/86.
- (8) Banco Central do Brasil — Departamento de Capitais Estrangeiros e Câmbio – DECEC – *Perguntas Mais Frequentes* (www.bcb.gov.br).

Andrei Zenkner Schmidt

Advogado, mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS, professor de Direito Penal da PUC/RS

Luciano Feldens

Procurador da República, mestre em Direito pela Unisinos e professor de Direito Penal da Unisinos



IBCCRIM

**INSTITUTO BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS**

- IBCCRIM -

(FUNDADO EM 14.10.92)

DIRETORIA DA GESTÃO 2005/2006

COORDENADORES ESTADUAIS:

- **ACRE** - Maria de Salet de Costa Maia (cestadual.ac1@ibccrim.org.br)
- **AMAPÁ** - João Guilherme Lages Mendes (cestadual.ap1@ibccrim.org.br)
- **AMAZONAS** - Ana Beatriz Baraúna Lopes (cestadual.am1@ibccrim.org.br)
- **Fabiola Monteconrado Ghidalevich** (cestadual.am2@ibccrim.org.br)
- **BAHIA** - Elmir Duclerc (cestadual.ba1@ibccrim.org.br)
- **Selma P. de Santana** (cestadual.ba2@ibccrim.org.br)
- **CEARÁ** - Fernando Luiz Ximenes Rocha (cestadual.ce1@ibccrim.org.br)
- **DISTRITO FEDERAL** - Carmen da Costa Barros (cestadual.df1@ibccrim.org.br)
- **Heloisa Estellita** (cestadual.df2@ibccrim.org.br)
- **GOIÁS** - Franciele Silva Cardoso (cestadual.go1@ibccrim.org.br)
- **MARANHÃO** - Themis Maria Pachêco de Carvalho (cestadual.ma1@ibccrim.org.br)
- **MINAS GERAIS** - Liliane Cristina de Oliveira (cestadual.mg1@ibccrim.org.br)
- **Marcelo Leonardo** (cestadual.mg2@ibccrim.org.br)
- **PARÁ** - Edmundo Oliveira (cestadual.pa1@ibccrim.org.br)
- **PARAIBA** - Felipe Augusto Forte Negreiros Deodato (cestadual.pb1@ibccrim.org.br)
- **Guilherme Costa Câmara** (cestadual.pb3@ibccrim.org.br)
- **Oswaldo Trigueiro Filho** (cestadual.pb2@ibccrim.org.br)
- **PARANÁ** - Adelino Marcon (marconadvogados@zaz.com.br)
- **Maurício Kuehne** (cestadual.pr1@ibccrim.org.br)
- **Walter B. Bittar** (walter@advocaciabittar.adv.br)
- **PERNAMBUCO** - Adeildo Nunes (cestadual.pe3@ibccrim.org.br)
- **Flavio Augusto F. de Lima** (cestadual.pe2@ibccrim.org.br)
- **Nilzardo Carneiro Leão** (cestadual.pe1@ibccrim.org.br)
- **MATO GROSSO DO SUL** - Fabio Trad (cestadual.ms1@ibccrim.org.br)
- **RIO DE JANEIRO** - Maria Lúcia Karam (cestadual.rj1@ibccrim.org.br)
- **RIO GRANDE DO SUL** - Fabio Roberto D'Avila (cestadual.rs1@ibccrim.org.br)
- **Luiz Antônio Bogo Chies** (cestadual.rs3@ibccrim.org.br)
- **Paulo Vinicius Sporleder de Souza** (cestadual.rs2@ibccrim.org.br)
- **RIO GRANDE DO NORTE** - Lena Rocha (cestadual.rn1@ibccrim.org.br)
- **SANTA CATARINA** - Felipe Cardoso Moreira de Oliveira (cestadual.sc1@ibccrim.org.br)
- **SÃO PAULO (BAIXADA SANTISTA)** - Vinicius Toledo Piza Peluso (cestadual.sp1@ibccrim.org.br)
- **SERGIPE** - Daniela Carvalho Almeida da Costa (cestadual.se1@ibccrim.org.br)

Entre em contato com o coordenador de seu Estado para celebração de convênios, propor e divulgar cursos, enviar artigos e se informar.

Participe!

O BENEFÍCIO DE TRABALHO EXTERNO E O CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME SEMI-ABERTO

Leonardo Luiz de Figueiredo Costa

O BENEFÍCIO DE TRABALHO EXTERNO E O CUMPRIMENTO DE PENA...

Leonardo Luiz de Figueiredo Costa

O regime semi-aberto de cumprimento de pena admite autorização para saída temporária do estabelecimento prisional, na forma do art. 122 da Lei de Execução Penal, como elemento inerente à finalidade do cumprimento da pena e sua função ressocializadora.

Ocorre que para obtenção deste benefício exige a lei o implemento do cumprimento de um sexto da pena, se for primário o condenado, ou de um quarto da pena, se o apenado for reincidente.

Tal exigência provoca um paradoxo desproporcional no tocante ao dogma de que a pena é proporcional à culpabilidade e de que é individualizada conforme a situação pessoal do agente.

Isto porque consoante o enunciado sumular 40, do STJ, o tempo de prisão em regime fechado já satisfaz a exigência do art. 123 da LEP, assim dispondo: “para obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento de pena no regime fechado”.

Compreendida a jurisprudência do STJ, somente poderíamos interpretar a exigência de cumprimento fracionário da pena indicada no dispositivo legal (1/6 ou 1/4), como aplicável ao preso que inicia o cumprimento da pena em regime fechado e não ao que inicia a pena no regime semi-aberto.

Entender-se em contrário, não seria possível.

Primeiro, por inconstitucional. Porque estaríamos fornecendo tratamento diferenciado a pessoas em igual situação.

Ora, todos aqueles que ingressam no regime semi-aberto, seja por progressão ou por regime inicial, devem ter o mesmo tratamento, sob pena de violar-se o princípio da isonomia.

Conferir um benefício a quem progrediu do regime fechado e negá-lo a quem

já ingressa no semi-aberto, significa, em tese, dar o benefício a quem cometeu o crime mais grave e negá-lo a quem cometeu a infração mais leve. Tal entendimento nos levaria a perplexidade e sem dúvida violaria o princípio da proporcionalidade e da individualização da pena.

Ao apenado que ingressa diretamente no regime semi-aberto deverão ser observados apenas os requisitos subjetivos necessários à concessão do benefício, como a aferição de conduta social, de seu comportamento e de suas demais condições pessoais (residência fixa e trabalho no local de cumprimento da pena, estrutura familiar, etc.), que demonstrem a total compatibilidade com o benefício.

Faz-se necessária a interpretação restritiva da norma do art. 123 da LEP, para harmonizá-la com o art. 1º do mesmo diploma legal, com o art. 35 do Código Penal e com as demais normas constitucionais (de isonomia, de individualização, de proporcionalidade).

Neste sentido, são os precedentes do STJ: “Admite-se o trabalho externo a condenado em regime semi-aberto, independentemente do cumprimento de 1/6 da pena, em função das condições pessoais favoráveis verificadas (primariedade, bons antecedentes, residência fixa, família constituída e exercício de trabalho fixo há mais de 11 anos na mesma empresa) e diante do critério de razoabilidade que sempre incide na adaptação das normas de execução à realidade social e à sua própria finalidade, ajustando-as ao caso concreto. Precedente. Ordem concedida para permitir que o paciente saia durante o dia para trabalhar, recolhendo-se a noite ao estabelecimento onde se encontra, sujeitando-se, por óbvio, às devidas cautelas legais — que ficarão a cargo do Juízo da execução” (STJ, HC nº 11.845/RS, 5ª Turma, rel. min. Gilson Gipp, unânime, DJU de 10.04.2000, p. 105).

“Encontrando-se devidamente demonstradas nos autos as condições pessoais favoráveis do ora paciente (réu primário, de bons antecedentes e com personalidade e conduta social normais), deve ser-lhe permitido o benefício do trabalho externo, independentemente do cumprimento de 1/6 da pena. Precedentes do STJ” (STJ, RHC nº 14.325/RS, 5ª Turma, rel. min. Laurita Vaz, unânime, DJU de 15.09.2003, p. 330).

Corroborando esta linha de raciocínio, deve ser salientado que o art. 35 do Código Penal já prevê o trabalho externo como característica inerente ao regime semi-aberto de cumprimento de pena, assim dispondo em seu parágrafo segundo: “O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior”.

Note-se, por último, que exigir do condenado em regime semi-aberto cumprimento de 1/6 da pena para poder realizar o trabalho externo inerente a este regime, levaria a um paradoxo sobre a inutilidade do benefício: (a) antes deste prazo, sua situação seria similar a do regime fechado, caracterizando um desvio na forma de execução da pena; (b) depois deste prazo, observados praticamente os mesmos requisitos, o apenado poderia progredir ao regime aberto, o que tornaria a previsão inócua.

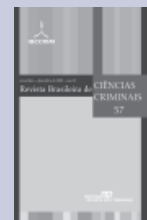
Assim, torna-se evidente a necessidade de interpretação restritiva do art. 123, II, da LEP, para afastar sua aplicação aos condenados que iniciam a pena em regime semi-aberto, permitindo-se a estes a obtenção imediata dos benefícios relacionados à saída temporária do art. 122 da LEP, sempre que os requisitos subjetivos lhes sejam favoráveis. ●

Leonardo Luiz de Figueiredo Costa
Procurador da República

LEIA NA REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS Nº 57:

- Aspectos do resultado no Direito Penal - Helena Moniz
- O sistema prisional face às organizações criminosas: um olhar a partir da constituição penal global - Jorge Carlos Fonseca
- O princípio da insignificância e os crimes contra a ictio Fauna - Júnior A. Taglialedda
- ¿La pena criminal como herencia cultural de la humanidad? - Sebastian Scheerer
- Direito de acesso aos autos no processo penal: análise crítica a partir da visão dos tribunais internos e internacionais - Denise Neves Abade
- ¿Es el procedimiento penal internacional “adversarial”, “inquisitivo” o mixto? - Kai Ambos
- O Brasil e o Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura - Fernando Salla e Marcos César Alvarez

- A violência e a criminalidade na sala de estar - Tadeu Antônio Dix Silva, Alexandre Dantas e Maria Clara Veronesi de Toledo
- Habeas corpus impetrado por membros da Procuradoria do Estado de São Paulo: da impossibilidade do cumprimento de medida socioeducativa em presidio - Cyro Saadeh, Flávio Américo Frassetto, João César Barbieri Bedran de Castro, Luciana Maschietto Talli, Luciano Alves Rossato, Paulo Gonçalves Silva Filho, Renata Flores Tibyriça, Suzana Soo Sun Lee e Telma Berardo
- O reingresso de estrangeiro - Crime instantâneo ou permanente? - Adilson Paulo Prudente do Amaral Filho
- Ementário de Jurisprudência - Roberto Delmanto Junior, Fabio Machado de Almeida Delmanto e Luciana Russo



Já estão disponíveis os valores para renovação da assinatura da **Revista Brasileira de Ciências Criminais** para o ano de 2006/nºs 58 a 63. Associados do IBCCRIM gozam de 30% de desconto e o valor total pode ser dividido.

A renovação poderá ser feita pela internet www.ibccrim.org.br ou pelo Departamento de Vendas da RT: 0800-702-2433.

CURSOS E EVENTOS

SIMPÓSIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS OAB/SP-IBCCRIM

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM e a OAB/SP, realizarão nos dias 13, 14 e 15 de fevereiro de 2006, o Simpósio de Ciências Criminais OAB/SP-IBCCRIM/SP.

Palestrantes Confirmados:

Maria Thereza Rocha de Assis Moura,
Sérgio Mazina Martins e Paulo Sérgio de Oliveira.

Local: Salão Nobre da OAB/SP Praça da Sé, nº 385 – 1º andar – São Paulo/SP

Promoção: OAB/SP e IBCCRIM

Informações: Praça da Sé, 385 - Térreo – Atendimento - ou pelo site:
www.oabsp.org.br no item cursos e eventos.

Inscrições mediante a doação de 1 lata de leite em pó

Entidades que assinam o Boletim:

— AMAZONAS

- Ministério Público do Amazonas

— CEARÁ

- Associação Cearense de Magistrados

— DISTRITO FEDERAL

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

— ESPÍRITO SANTO

- Ministério Público do Estado do Espírito Santo

— GOIÁS

- Associação dos Magistrados do Estado de Goiás - Asmeço

— MARANHÃO

- Associação dos Delegados de Polícia Civil do Estado do Maranhão - Adepol/MA

— MATO GROSSO DO SUL

- Associação dos Delegados de Polícia de Mato Grosso do Sul - Adepol/MS
- Associação Sul-Matogrossense do Ministério Público
- Sindicato dos Defensores Públicos do Mato Grosso do Sul

— MINAS GERAIS

- Curso A. Carvalho Sociedade Ltda. - Belo Horizonte
- Praetorium - Instituto de Ensino, Pesquisa e Atividades de Extensão em Direito Ltda.
- Sindicato dos Delegados de Polícia Federal em Minas Gerais - SINDPF/MG

— PARÁ

- Associação do Ministério Público do Estado do Pará

— PARANÁ

- Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná
- Ministério Público do Estado do Paraná

— RIO DE JANEIRO

- Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - Fesudeperj

— 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 Anglo Triumphus - Sorocaba
- Curso C.P.C.
- Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/SP
- Veredito Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas - Campinas

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Abertas as inscrições para a 5ª Turma do

LABORATÓRIO de Ciências Criminais

Inscriva-se para o processo seletivo até o dia 03 de março de 2006.

PARTICIPE DESTE encontro.

O Laboratório de Ciências Criminais é um programa de inicialização ao estudo científico destinado a estudantes do 3º ao 5º ano das Faculdades de Direito.

Vagas limitadas

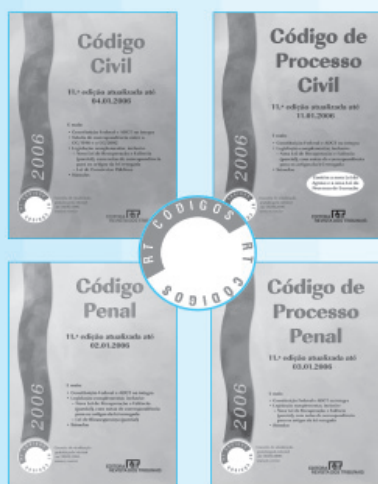
IBCCRIM

Editora Revista dos Tribunais

2006

Pensou em Códigos, pensou RT

RT Códigos



Em cada volume:

- ✓ Constituição na íntegra
- ✓ Código e legislação correlata atualizados e súmulas selecionadas
- ✓ notas remissivas
- ✓ índices geral, sistemático, temático, cronológico e alfabético-remissivo inteiramente reformulados, com inclusão da legislação nos verbetes, além de índice sistemático da Constituição
- ✓ tarjas laterais
- ✓ atualização quinzenal gratuita pela internet, garantida até 30.09.2006



Atualizados até janeiro de 2006

RT Mini Códigos



Em cada volume (composição 3 em 1 e coletâneas):

- ✓ Constituição na íntegra (exceto Mini Internacional)
- ✓ legislação atualizada selecionada por juristas de renome e súmulas pertinentes
- ✓ notas remissivas
- ✓ índices temático (nas coletâneas), geral, sistemático, cronológico e alfabético-remissivo inteiramente reformulados
- ✓ tarjas laterais
- ✓ atualização quinzenal gratuita pela internet, garantida até 30.09.2006



**livraria
RT**

www.livrariart.com.br

**Adquira estas e outras
obras na Livraria
RT Virtual**

EDITORIA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS
www.rt.com.br