

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS



IBCCRIM

EDITORIAL:

PARA ALÉM DO UNIVERSO PENAL...

O *Boletim do IBCCRIM* desse mês aproveita o encerramento de pesquisa conduzida pelo *Núcleo de Pesquisas* do Instituto para provocar reflexões sobre o tratamento de conflitos sociais pelo sistema de justiça brasileiro, com destaque para situações que se tornam invisíveis quando tomadas apenas na perspectiva penal.

A pesquisa investigou como o nosso sistema de justiça lida com as prisões motivadas por conflitos agrários no País e, com isso, processa conflitos que possuem simultaneamente características sociais, políticas, econômicas e criminais. A proposta foi analisar como operadores da justiça e envolvidos em conflitos agrários, tanto trabalhadores sem-terra, quanto fazendeiros e/ou madeireiros, constroem suas percepções e mentalidades sobre as prisões efetuadas e qual o significado que elas assumem na administração de tais conflitos. Pretendeu-se apreender como os direitos constitucionais à liberdade e ao uso social da propriedade são observados no Brasil.

Para tanto, foram realizadas entrevistas com juízes, promotores de Justiça, delegados de Polícia, advogados e réus que já haviam passado pela experiência da prisão motivada por conflitos agrários. E, do mesmo modo, foram analisados processos judiciais nos Estados do Pará, Pernambuco, São Paulo e Rio Grande do Sul, na tentativa de contemplar as diferentes realidades intra-regionais do País.

Entre os resultados que já podem ser anunciados, a heterogeneidade de posições, a busca pelo formalismo jurídico no tratamento penal e a valorização do direito à propriedade parecem conformar aquilo que os pesquisadores responsáveis pelo projeto intitularam de simulacro de justiça, ou seja, a observância de requisitos formais para a determinação das prisões motivadas por conflitos agrários e, ao mesmo tempo, a utilização cotidiana dessas prisões como mecanismos de controle social e/ou mediação de tensões de parcela da população envolvida. Por detrás do cumprimento dos requisitos formais para as prisões, percebeu-se a permanência de situações históricas de criminalização de segmentos sociais e, acima de tudo, a concepção do direito de propriedade desvinculada do preceito constitucional de seu uso social.

Num exemplo desse quadro heterogêneo e

complexo, a pesquisa identificou mudanças profundas na forma como Executivo e Judiciário do Pará tratam os conflitos agrários no Estado, muito em função do episódio de “Eldorado dos Carajás”, no qual morreram vários trabalhadores sem-terra após uma mal planejada e conduzida operação policial. Atualmente, o Pará notabiliza-se por ter criado Varas Agrárias, adotar procedimentos de gerenciamento de crises na mobilização gradual de seus efetivos policiais e, ainda, pela disposição de negociação com movimentos sociais. No Pará, ao contrário de outras unidades da federação, o problema dos conflitos agrários possui centralidade e visibilidade suficientes para, ao menos, ser considerado na agenda política do Estado, num avanço relativo na comparação a outras situações.

No entanto, as prisões em razão de tais conflitos lá efetuadas continuam a recair sobre trabalhadores sem-terra, que, quando entrevistados, destacam as precárias condições a que foram submetidos. A exceção fica por conta das forças tarefas dos Governos Federal e Estadual para o combate à exploração de trabalho escravo, pelas quais alguns casos de fazendeiros/madeireiros acabaram resultando em prisões.

O material analisado pela pesquisa, nos estados de Rio Grande do Sul, São Paulo e Pernambuco evidencia a divisão dos operadores jurídicos e de suas práticas em duas grandes posições ideológicas: uma, a que defende o endurecimento penal no tratamento das questões agrárias e, outra que entende que o uso social da propriedade, constitucionalmente definido deve ser observado nas decisões judiciais. Esse segundo grupo, garantista, começa a mudar práticas jurídicas ao processar situações que envolvem conflitos agrários, porém enfrenta a resistência da vertente criminalizadora dos movimentos sociais que questionam o direito à propriedade como algo “inalienável”. Esta vertente, que se intitula legalista, justifica as prisões motivadas por conflitos agrários na necessidade de manutenção de lei e ordem. Esse embate ideológico, presente também na fundamentação jurídica dos processos criminais, contribui para a permanência da invisibilidade das prisões motivadas por conflitos agrários no sistema de justiça.

Derivada desse quadro, a invisibilidade política do problema resulta, também, na

Editorial

Índice

EDITORIAL: PARA ALÉM DO UNIVERSO PENAL...	1
A CORAGEM DE TRANSGREDIR A LEI EM BUSCA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - UM GRITO DO JUDICIÁRIO MINEIRO Francis de Oliveira Rabelo	2
AINDA HÁ JUÍZES EM BERLIM Roberto Delmanto	3
SUSPENSÃO DO PROCESSO DE CONDUTA - UM DILEMA ENFRENTADO PELO STF Euro Bento Maciel Filho	4
INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS: PERIGOSOS PRECEDENTES Tiago Abud da Fonseca	6
A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 10.628 DE 24/12/2002: COMENTÁRIOS À RECENTE DECISÃO DO STF Cícero Marcos Lima Lana e Paulo Henrique Ramon Porteiro	7
CRÍTICA AO JURA NOVIT CURIA Andrei Zenkner Schmidt	9
ARMA DE FOGO DESMUNICADA NO ESTATUTO DO DESARMAMENTO Edison Miguel da Silva Jr.	10
DA PROIBIÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO DO ADVOGADO EM FACE DO ART. 7º, § 3º, DO ESTATUTO DA ADVOCACIA Leonardo Massud e Leandro Sarcedo	11
INVESTIGAÇÃO E CRIME ORGANIZADO: FUNÇÕES ILEGÍTIMAS DA PRISÃO TEMPORÁRIA Eliomar da Silva Pereira	12
O RDE: NOVA PUNIÇÃO ADMINISTRATIVA José de Jesus Filho	14
CRIMINALIZAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO - PROJETO DE LEI (CÂMARA DOS DEPUTADOS) Nº 5.586/2005 Jorge Cesar S. Baldassare Gonçalves	16
COM A PALAVRA, O ESTUDANTE: A INCONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA EM MATÉRIA PENAL - A ATIPICIDADE DO ART. 12 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO Miriam Figueiredo da Silveira	18
PROCESSO PENAL DE EMERGÊNCIA TUPINIQUIM José Procópio da Silva de Souza Dias	19
Caderno de Jurisprudência O DIREITO POR QUEM O FAZ: STJ DECIDE SOBRE A POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DE REGIME EM CRIME HEDIONDO Paulo Gallotti	945
O DIREITO POR QUEM O FAZ: A COMERCIALIZAÇÃO DE FÓSSEIS SEGUNDO A JUSTIÇA FEDERAL Márcio Rached Millani	946
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	948
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	949
TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS	950
TRIBUNAIS DE JUSTIÇA	951
TRIBUNAIS DE JUSTIÇA MILITAR	952

inexistência de estatísticas ou sistemas de informações confiáveis, cabendo à sociedade civil, sobretudo à Comissão Pastoral da Terra (CPT), o papel de principal órgão de monitoramento de conflitos agrários no País, merecendo o devido reconhecimento de seu papel pioneiro. Contudo, o **IBCCRIM** entende que políticas públicas que contemplem a intervenção estatal nos conflitos sociais não devem prescindir da produção e utilização de indicadores e instrumentos de planejamento produzidos pelas instituições de justiça e segurança.

A pesquisa conclui que as prisões mo-

tivadas por conflitos agrários estão justificadas nas práticas jurídicas, mas estão distantes de significarem distribuição efetiva de justiça. Os dados obtidos revelaram que o tratamento dispensado às prisões e, mesmo, aos próprios conflitos agrários busca reduzir o problema exclusivamente à dimensão criminal envolvida. Todavia, o efeito dessa opção é a permanência do que **Theodomiro Dias Neto** afirma como sendo a redução de políticas de segurança ao espaço da política criminal notadamente marcada pela intervenção penal. Seria a supremacia de um ponto de vista criminalizador na interpretação dos conflitos sociais, no

qual direitos civis e humanos não estão contemplados como objeto das políticas públicas conduzidas pelas instituições de Justiça Criminal.

Enfim, o estudo do *Núcleo de Pesquisas* traz à tona um exemplo das dificuldades colocadas à incorporação de requisitos democráticos na operação cotidiana do sistema de justiça brasileiro. Assim, indica a necessidade de revisão dessas práticas cotidianas ou burocráticas e de superação da visão estritamente penal, como estratégia de se aumentar a efetividade do sistema, ou seja, a garantia equânime dos direitos constitucionais previstos. ●

A CORAGEM DE TRANSGREDIR A LEI EM BUSCA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – UM GRITO DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Francis de Oliveira Rabelo

Pode ser sentido o calor da mídia e de todo o corpo jurídico-criminal mineiro, representado pelas autoridades, professores e defensores públicos ao revolver tema tão percuente e não menos incômodo (para aqueles que ainda possuem o sentimento da indignação) — a superpopulação carcerária e as desumanas condições em que sobrevivem os cidadãos cumpridores de pena ou, inúmeras vezes, presos que aguardam vaga para cumprimento de sua reprimenda em local apropriado (!?).

Há alguns dias, o senhor **Livingsthon José Machado**, juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Contagem, região Metropolitana de BH, determinou a soltura de 36 presos sob o entendimento de que inexistiam condições locais para o encarceramento dos indivíduos, ante a superlotação e riscos de transmissão de doenças infectocontagiosas entre os presos.

Mister salientar que tal atitude, certamente, viria a causar (como causou), por sua notória coragem, manifestações de inconformismo e dissenso entre os interessados na discussão complexa da *“vexada quaestio”*.

Que a arrojada ação judicial cumpra um dos seus caminhos na busca de um Direito Penal sadio e prenhe de mais ações, não menos que o surto atordoante de discursos bem intencionados, ou mesmo, de notável e visível teor técnico-científico no apontar de soluções para tamanho mundo de caos subhumano!!!

A ação, isso é fato natural, promove uma reação, e, “oxalá” que venham reações à conduta louvável e inédita do magistrado mineiro... Que as ditas reações sejam, em medida igual, dignas de provocar o mar calmo das consciências geladas daqueles que não mais promovem reflexões acerca de seu dia-a-dia, sua família, seu trabalho e seu próximo. É de bom alvitre lembrar que o preso não está tão próximo daqueles que sustentam a pena no labor político e criminal... A muitos outros, notícias vagas chegam, esmaecidas, durante um café ou momento de confraternização em nossos meios.

É preciso coragem para bradar tal grito de socorro e inconformismo! Não há tempo... esvaiu-se todo pelos fétidos recantos das cadeias...

O discurso do Direito Penal Democrático e garantista é bem-vindo e nos socorre com o alimento necessário para nutrir os anseios de justiça — ao menos de menos injustiças, crueldades e desvarios penais.

O princípio da dignidade da pessoa humana, em toda a sua inteireza, foi levado, em certas situações, para “local incerto e não sabido”...

Senhores juristas — com a humildade necessária àquela Defensora Pública Criminal que deve ouvir e amenizar as dores de seus clientes e famílias (e são tantas...) clamor para que seja dada voz ao juiz **Livingsthon**, e, ainda, a tantos mais que tentam compreender aquela

ação rebelde e iluminada de sensatez e humanidade...

O Superior Tribunal de Justiça vem deferindo liminar em *Habeas Corpus* pleiteado pela Defensoria Pública Mineira para autorizar aos réus que cumpram pena em regime de prisão domiciliar ante à falta de vagas para o regime pretendido!

O Judiciário, em resposta aos reclamos das partes, cada vez mais, e ainda é pouco, vem se conscientizando da necessidade de efetivar o discurso garantista, ou, ao menos, cumprir o papel de salvaguarda constitucional.

A discussão principiológica perpassa, sem que pairem dúvidas, pela dialética frutífera dos desabores e tormentos da prática criminal...

Não se furtem à discussão — precleros mestres e doutores — da relevância da Instituição da Defensoria Pública como instrumento catalizador de mudanças e ações do Judiciário... É o momento de somatório de ações para solução urgente das inúmeras situações daquele jaez.

Ouçam o senhor magistrado e façam de seu apelo um chamado à realidade da maioria dos cidadãos pobres desse País... pobres presos pobres... ●

Uma defensora pública que ainda crê em seus ideais de um Direito Penal para todos.

Francis de Oliveira Rabelo
Defensora pública em Belo Horizonte

AINDA HÁ JUÍZES EM BERLIM

Roberto Delmanto

Quando, aproveitando-se da inflação galopante e do descrédito nas instituições democráticas, o nazismo tomou o poder na Alemanha, poucos ousaram contrariar a nova ordem.

No Poder Judiciário, última esperança dos oprimidos, não foi diferente: a maioria dos juízes, por conveniência ou receio, se dobrou.

Houve, entretanto, um magistrado da Capital alemã que, preferindo atender a sua consciência e arriscando a própria vida, decidiu contra o novel governo.

Do seio do povo, anonimamente, brotou, então, a famosa frase, misto de admiração e respeito, que até hoje ecoa viva nos Estados de Direito Democráticos, como um exemplo a ser seguido pela Magistratura livre e independente: "Ainda há juízes em Berlim".

Recentemente, recordei-me dessa frase em razão de notícia vinda de uma cidade próxima a Belo Horizonte e publicada na imprensa de São Paulo. O juiz da comarca, devido às precaríssimas, desumanas e cruéis condições da cadeia local, com absurda superlotação, depois de não ter atendidos todos os seus pedidos ao Governo Estadual para a transferência de parte dos presos, arriscando a sua carreira, mandara soltar 16 deles; o Ministério Público recorreu e o Tribunal de Justiça cassou sua decisão. Novamente o magistrado mandou soltar, dessa vez, 32 presos; de novo, a Promotoria recorreu e a Corte mineira rapidamente revogou sua decisão.

Agora, ameaçam-lhe com processos administrativo e penal pois, segundo algumas autoridades, ele teria cometido o crime de prevaricação (CP, art. 319), por ter praticado "ato de ofício... contra disposição expressa de lei, **para satisfazer... sentimento pessoal**".

Até o jovem e popular governador do Estado, candidato precoce e prematuro à Presidência da República, criticou de forma veemente o juiz.

As fotografias da superlotação em que se achava a cadeia local falam, todavia, mais alto. Nela, pior do que em um canil, os presos se amontoavam espremidos junto às grades, os braços dos que o conseguiam estendidos para fora. Não havia higiene mínima, ar, ventilação, insolação. Como disse o corajoso juiz, de certa forma era pior do que os campos de concentração nazistas, pois naqueles havia beliches, e aqui sequer espa-

ço para camas ou colchonetes...

Lembrei-me de dois episódios históricos: na França, até que São Luís, primeiro feito rei e depois santo, o abolisse, o teto das celas individuais era mais baixo do que a altura média de um homem, não permitindo que os presos, por um instante sequer, ficassem eretos, de cabeça erguida; no Brasil, durante a ditadura getulista, o grande advogado **Sobral Pinto**, diante das torturas sofridas por **Luiz Carlos Prestes**, líder comunista, esgotados todos os recursos legais, invocou a favor de seu cliente a Lei de Proteção aos Animais...

Ao meu ver o juiz mineiro não praticou qualquer ilegalidade, infração administrativa ou, muito menos, o crime do art. 319 do Código Penal. Como já decidiu o próprio Tribunal de Justiça daquele Estado, se ficar demonstrado que o agente "*agiu movido pelo senso de cumprimento do dever, não há falar em prevaricação*" (RT 780/656).

Mais do que cumprir seu dever de cidadão e magistrado, resgatando o pouco que ainda poderia restar da dignidade humana dos presos, ante a total inércia do Poder Executivo e o absoluto descaso da sociedade local, o juiz cumpriu a Constituição brasileira, o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, tratados internacionais por nosso País assinados. Tais diplomas garantem a integridade física e moral do preso (CF, art. 5º, XLIX), vedam o tratamento cruel, desumano ou degradante (PIDCP, art. 7º, *caput*), bem como as penas e tratamentos cruéis (CADH, art. 5º, 2), e determinam que toda pessoa privada da liberdade deve "*ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano*" (*idem, ibidem*).

Neste momento de descrédito nas instituições e nos homens públicos brasileiros, o corajoso ato do magistrado mineiro, fazendo respeitar a Constituição e os tratados internacionais, resgata mais do que a dignidade dos presos que mandou soltar; resgata-nos a confiança na Justiça e nos seres humanos, permitindo-me concluir, da Tribuna Livre que é o **BOLBCCRIM**, e esperando que ele ecoe, como costuma ecoar, até as Alterosas: Ainda há juízes em Minas Gerais! ●

Roberto Delmanto

Advogado em São Paulo

Roberto Delmanto



IBCCRIM

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

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:

Theodomiro 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.

AINDA HÁ JUÍZES EM BERLIM

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS 2006 RBCCRIM N°s 58 A 63

Já estão disponíveis os valores para renovação da assinatura da **Revista Brasileira de Ciências Criminais** para o ano de 2006. Associados do **IBCCRIM** gozam de 30% de desconto e o valor total pode ser dividido em até 3 vezes.

Preço de Tabela: R\$ 495,00

Preço especial ao associado IBCCRIM: R\$ 346,50

Mais informações ligue para (11) 3107-2433 ou acesse o site: www.livrariart.com.br

A Lei nº 9.099/1995, como sabido, trouxe inúmeras inovações na seara do Direito Penal.

De efeito, não bastasse ter promovido a divisão das infrações penais em três grandes blocos — (a) infrações penais de menor potencial ofensivo (definidas no art. 61, da Lei nº 9.099/1995, posteriormente revogado pelo art. 2º, da Lei Federal nº 10.259/2001); (b) crimes de média gravidade (art. 89, 1ª parte, da referida lei) e, por fim; (c) delitos graves, de intensa gravidade —, ainda trouxe institutos até então inaplicáveis no Direito Penal pátrio, quais sejam, a possibilidade da composição dos danos civis (arts. 72 a 74) e da transação penal (art. 76) para as infrações de menor gravidade e, ainda, o *sursis* processual (art. 89), para os delitos de média gravidade.

Focando, exclusivamente, o instituto do *sursis* processual, cumpre salientar que, logo após a publicação da lei, muitos o criticaram sob o argumento de que a imposição de verdadeiras “condições” aos acusados poderia violar o princípio da presunção de inocência, na exata medida em que significaria verdadeira aplicação de “pena” sem processo e, sobretudo, sem a existência efetiva de uma condenação criminal.

Porém, forte em **Luiz Flávio Gomes**⁽¹⁾, é certo que tal argumento não prospera, já que, como cediço, “na suspensão do processo o acusado não é considerado culpado. De outro lado, não cumpre pena, senão condições. (...) o que explica a suspensão do processo é o nolo contendere (não assumo culpa, mas também não contesto). É instituto, ademais, que deriva da autonomia da vontade do acusado, autonomia essa que, no caso, nada mais significaria que estratégia de ampla defesa também constitucionalmente assegurada. O acusado pode aceitar ou não aceitar a suspensão. Não existe obrigação legal nem imposição”.

Bem por isso é que, invariavelmente, o acusado, **mesmo quando se proclama inocente**, acaba preferindo aceitar a benesse legal para, assim, colocar-se a salvo do risco inerente à uma possível sentença penal condenatória ao final do processo.

Nesse tipo de situação, qual seja, quando a demonstração da inocência do acusado depende da produção e do exame de provas, realmente, mal não há em se propor a suspensão do feito, haja vista que, nesses casos, o réu, ao aceitar o benefício e desde que cumpra as condições que lhe forem impostas, acaba, ao final do período de prova, ante a extinção da sua punibilidade, mantendo a sua primariedade sem ter passado pela incerteza inerente à *persecutio criminis in iudicio*.

No entanto, e quando a própria existência do delito for discutível? Será que, nesses casos, o réu deve aceitar a proposta de suspensão do processo?

É bem verdade que, como já dito supra, a suspensão condicional do processo é um

benefício legal que, a par de ser **verdadeiro direito público subjetivo do acusado** (desde que presentes as condições), depende, necessariamente, da aceitação expressa do réu.

De efeito, referido benefício, longe de ser imposto, é, apenas, **aceito pelo acusado**.

Daí, então, é que muitos poderiam argumentar que o réu, quando aceita livremente o *sursis* processual, o faz porque ou não confia na sua tese ou, quiçá, porque realmente prefere cumprir as condições da suspensão processual para assim se ver livre do risco de uma decisão final desfavorável.

Porém, importante ressaltar que referido raciocínio, se bem analisado, revela-se como um grande equívoco na exata medida em que um cidadão, por ter aceitado o benefício, pode vir a ser obrigado a cumprir determinadas condições legais para se ver livre de uma acusação fundada num crime que, simplesmente, **não existe**.

É bem verdade que a existência, ou não, do delito deve ser verificada, de plano, pelo órgão do Ministério Público, haja vista que, no caso do fato ser vistosamente atípico, a solução que se espera, por óbvio, é o pedido de arquivamento, nos termos do art. 28, do CPP.

Porém, e se o promotor de Justiça, quiçá por conta de uma má interpretação dos autos, ou, ainda, porque realmente acredita na existência do delito, apesar da discutível tipicidade do fato, achar por bem oferecer a denúncia?

Insta ressaltar, ainda, que, nos termos do art. 89, da Lei nº 9.099/1995, nos casos que envolvam os chamados crimes de média gravidade, cabe ao Ministério Público não só oferecer a denúncia, como também propor a suspensão do processo.

Perfeitamente possível, portanto, que, por conta de uma má interpretação dos autos, aquela consensualidade originariamente sugerida aos processos afetos à competência dos Juizados Especiais Criminais passe a ser usada como verdadeiro instrumento de pressão, quase uma *chantagem*.

É tudo porque, nesses casos, o acusado passará por um grande conflito psicológico, qual seja, aceitar o benefício da suspensão condicional do processo e, por corolário, ficar obrigado ao cumprimento das condições por um período mínimo de 2 (dois), ou, de outro lado, enfrentar a tortura de um processo criminal para assim tentar demonstrar a inexistência do delito, ciente de que correrá o risco de a sua tese não ser aceita e, como conseqüência, vir a suportar o ônus de uma condenação criminal.

E se o réu, numa tentativa de “driblar” esse dilema, resolvesse aceitar o benefício e, na seqüência, impetrar *habeas corpus* perante a autoridade competente a fim de discutir a atipicidade da conduta e o conseqüente trancamento da ação?

Até há pouco tempo, as nossas Cortes de Justiça, em casos que tais, vinham en-

tendendo que o simples fato de o acusado aceitar o benefício do *sursis* processual importava em verdadeira renúncia à discussão da causa, já que ele não mais teria **interesse de agir**⁽²⁾.

Porém, sempre respeitada a opinião contrária, a real verdade é que aquela posição não se justifica, haja vista que, por mais que a aceitação do benefício seja, de fato, um reflexo da manifestação de vontade do acusado, é indubitoso que o cumprimento das condições impostas quando da concessão da benesse importa em vistoso cerceamento do seu livre direito de ir e vir.

De efeito, no cumprimento das condições legais previstas no § 1º, do art. 89, da Lei nº 9.099/1995, pouco precisaria ser dito para se reconhecer que o acusado terá limitado o seu direito de ir e vir, já que estará proibido de “frequentar determinados lugares” (inc. II), bem como não poderá “ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz” (inc. III) e, ainda, estará obrigado a comparecer “a Juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades” (inc. IV).

Por conta disso, já que flagrante a ofensa à liberdade de locomoção, a discussão da atipicidade da conduta, em sede de *habeas corpus*, mesmo após a aceitação do benefício, não importa em falta de interesse de agir, mas sim em verdadeiro exercício de um direito constitucionalmente assegurado a todo e qualquer cidadão.

É mais!

Nunca é demais lembrar que a mera aceitação do benefício não resulta, necessariamente, na extinção da punibilidade preconizada no § 5º, do art. 89, da Lei nº 9.099/1995. Há, como sabido, verdadeiro *abismo* entre a concessão da benesse e a extinção da punibilidade ao final do período de prova.

Ora, nesse meio tempo, o acusado pode vir a ser processado pela prática de outro crime ou, ainda, deixar de cumprir as condições do *sursis* processual, sendo certo que, em ambos os casos, o benefício seria revogado e o processo anteriormente suspenso passaria a correr normalmente.

Sendo assim, seria ilógico que só a partir daí, ou seja, com a revogação do benefício, é que o acusado poderia buscar o trancamento da ação penal, via *habeas corpus*, a fim de discutir a própria **existência do delito**.

Ilógico porque, em última análise, a discussão acerca da atipicidade da conduta deságua na tese de falta de justa causa para a ação penal (art. 648, I, do CPP), que é, como sabido, um dos argumentos que fundamentam a impetração do remédio heróico.

Por que, então, aguardar a revogação do benefício, quando é certo que o motivo da alegada “falta de justa causa” já existia desde o momento em que foi proposta e aceita a suspensão do processo?

Por acaso seria correto afirmar que com a aceitação do benefício pelo acusado a “falta de justa causa” desaparece? E, ao

depois, com a revogação, então, ele teria interesse de agir, já que aí o tema da “falta de justa causa” voltaria a ter importância?

Ora, se a conduta criminoso realmente for declarada **atípica**, pouco importando se antes ou depois da aceitação do *sursis* processual, tudo perderá o sentido de ser. *Data venia*, limitar o uso do *habeas corpus* nesses casos, sob o singelo argumento da falta de interesse de agir, importa em verdadeiro amesquinamento das suas reais finalidades.

Porém, apesar de toda essa discussão, certo é que, lamentavelmente, nossos tribunais permanecem presos àquele entendimento comodista já anteriormente mencionado.

No entanto, quando do julgamento da ordem de *Habeas Corpus* nº 85.747/SP⁽³⁾, de que foi relator o min. **Marco Aurélio**, a Colenda 1ª Turma do Egrégio STF decidiu, por unanimidade, que “a suspensão do processo, operada a partir do disposto no art. 89 da Lei nº 9.099/1995, não obstaculiza impetração voltada a afastar a tipicidade da conduta” (trecho transcrito da emenda do v. aresto).

Trata-se, positivamente, de decisão pioneira e extremamente importante, que se mostra não apenas lógica como também constitucionalmente perfeita.

Outrossim, como bem salientou o ilustre ministro relator, nunca é demais lembrar que o *habeas corpus*, dada a importância do direito que protege, não se sujeita “às balizas atinentes à preclusão, sob o ângulo do tempo, da lógica ou da consumação. Não sofre as peias sequer da coisa julgada, servindo mesmo para, uma vez configurada a ilegalidade, vir a afastá-la do cenário jurídico. A vontade, em si, do acusado, do réu ou do condenado, ainda que mediante decisão judicial transitada em julgado, não mais sujeita a impugnação na via recursal, é irrelevante. O que cumpre ter presente é a

possibilidade, ainda que latente e ante certo ato, de o paciente, por este ou aquele motivo, vir a sofrer cerceio na liberdade de ir e vir.”

É de se esperar, pois, que o entendimento recém adotado pelo egrégio STF ilumine a jurisprudência pátria e ganhe força em nossas Cortes de Justiça, posto que, além de se mostrar mais adequado ao princípio da culpabilidade, ainda resguarda a força e a eficiência do *habeas corpus*.

Acreditamos, assim, que o acusado, doravante, não mais terá que passar pelo dilema entre aceitar a suspensão do processo ou discutir a própria tipicidade da conduta, haja vista que, conforme a nova orientação do Supremo Tribunal Federal, ainda que o réu venha a aceitar o benefício — certamente para evitar o risco de uma condenação —, nada o impedirá de impetrar *habeas corpus* a fim de discutir a atipicidade da conduta e a falta de justa causa para a ação penal (e, por conseqüência, também da proposta de suspensão do processo). ●

Notas

- (1) **GOMES, Luiz Flávio**, *Suspensão Condicional do Processo Penal*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1997, p. 193.
- (2) Nesse sentido: STJ, HC nº 35.203/SP, rel. min. **Laurita Vaz**, j. em 17/02/2005; STJ, RHC nº 12.416/SP, rel. min. **Hamilton Carvalhido**, DJ 26/03/2003; STJ, RHC nº 11.773/MS, rel. min. **Edson Vidigal**, DJ 02/09/2002, entre inúmeros outros.
- (3) A decisão concessiva da liminar, da lavra do ministro **Marco Aurélio**, foi publicada no **Bol. IBCCRIM** nº 151, junho 2005, p. 900.

Euro Bento Maciel Filho

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

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – IBCCRIM

EDITAL DE CONVOCAÇÃO

São convocados os associados do **INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – IBCCRIM**, a se reunirem em **Assembléia Geral Ordinária e Extraordinária**, a realizar-se em 22 de dezembro de 2005, às 10:00 horas, em primeira convocação se houver *quorum* estatutário, ou às 10:30 horas, em segunda convocação com qualquer número de associados, na sede social do Instituto, na Rua XI de Agosto, 52, 2º andar, Centro, São Paulo/SP, a fim de deliberarem sobre a seguinte **Ordem do Dia**:

Assembléia Geral Ordinária e Extraordinária

- 1) Alteração do Estatuto Social objetivando sua adequação aos dispositivos da Lei 11.127 de 28/06/2005;
- 2) Inclusão no Estatuto Social de previsão de Conselho Fiscal;
- 3) Inclusão no Estatuto Social da previsão expressa de não remuneração a membros da Diretoria Executiva e dos Conselhos, Consultivo e Fiscal;
- 4) Aprovação de contas referentes ao ano fiscal de 2005;
- 5) Apresentação de relatório de atividades desenvolvidas no ano de 2005;
- 6) Apresentação de propostas de atividades a serem desenvolvidas em 2006;
- 7) Deliberação sobre a manutenção da mensalidade para 2006.
- 8) Deliberação sobre outros assuntos de interesse do Instituto.

São Paulo, 21 de novembro de 2005.

Maurício Zanoide de Moraes
Diretor Presidente



IBCCRIM

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

A Lei nº 9.296/96, cujo fundamento de validade é o artigo 5º, inciso XII, da Constituição da República, estabelece no artigo 5º que a interceptação das comunicações telefônicas não pode exceder o prazo de quinze dias, sendo renovável por igual período.

A despeito de tal disposição legal, o Superior Tribunal de Justiça, desde o julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 13.274/RS, em 19/08/2003, já vinha entendendo que tal prazo pode ser prorrogado pelo tempo necessário à completa investigação dos fatos delituosos. Tal posicionamento foi confirmado pelo Supremo Tribunal Federal, em votação majoritária, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 83.515/RS, cuja relatoria coube ao ministro **Nelson Jobim**, em 16/09/2004. Agora, em 6 de setembro, o Superior Tribunal de Justiça reiterou a sua decisão anterior, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 40.637-SP.

Já na primeira decisão, **Fábio Ramazzini Bechara**⁽¹⁾ teceu elogios, apontando que o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que os acusados naquela ação penal, que deu margem às reiteradas interceptações, situavam-se na chamada macrocriminalidade e que as normas devem ser interpretadas levando-se em consideração esta nova realidade social, que exige, segundo o autor, punição severa para esses criminosos e tratamento diferenciado.

Ousa-se discordar tanto das decisões acima alinhavadas, bem como do mencionado autor. O desafio do século que se inicia é a repressão ao terrorismo e ao crime organizado, respeitando-se, entretanto, os direitos e garantias fundamentais, sob pena de se cambalear para os braços dos regimes totalitários.

Ao afirmar a necessidade de tratamento diferenciado para estes ou aqueles réus, o que se reafirma é a violação de direitos fundamentais, vulnerando-se a igualdade. Qualquer que seja o investigado ou réu, deve ter seus direitos e garantias reconhecidas obrigatoriamente por aqueles que têm o dever de fazer valer o Pacto Fundamental. Essa, aliás, é uma consequência danosa do chamado Direito Penal do Inimigo, desenvolvido na Alemanha por **Günther Jakobs**, qual seja, banalizar a aplicação das restrições aos direitos individuais que pela citada teoria deve estar adstrita somente ao terrorismo, tratando toda a sorte de crimes no terreno pantanoso da macrocriminalidade.

Advoga-se, destarte, a impossibilidade de prorrogações sucessivas e por inde-

terminado número de vezes do prazo para as interceptações das comunicações telefônicas. Para tanto, utiliza-se como primeiro argumento aquele trazido por **Sérgio Pitombo**⁽²⁾, que defendeu a impossibilidade de prorrogação das interceptações indefinidamente, porque a norma que restringe direitos fundamentais deve ser interpretada restritivamente, sob o risco de banalizar o direito fundamental à intimidade.

Depois, aduz-se que a Lei nº 9.296/96 não desejou permitir a quebra sucessivamente e por prazo indeterminado, estabelecendo como consequência, o lapso máximo de quinze dias prorrogáveis por igual período. Se fosse para possibilitar a prorrogação das interceptações telefônicas por quantas vezes o magistrado imaginasse necessário não fazia sentido o legislador infraconstitucional estabelecer prazo máximo (era melhor, então, não ter fixado o prazo, deixando a critério do julgador).

Acresça-se a tudo o que foi dito, como alardeado por **José Eduardo Nobre Matta**⁽³⁾, que o Projeto Miro Teixeira previa a possibilidade de renovação das interceptações telefônicas por iguais períodos e de maneira sucessiva, indeterminadamente. Prevalecendo, entretanto, outro projeto, tudo leva a crer que a vontade do legislador foi fixar um prazo máximo de duração para a medida.

Outro forte argumento merece guarida. **Geraldo Prado**⁽⁴⁾, em feliz paralelo, comparou a interceptação das comunicações telefônicas no estado de sítio e de defesa — onde tal fantasma tem caráter temporário e natureza de antecipação de tutela — com a mesma medida no estado normal das coisas — onde a providência tem caráter provisório e natureza cautelar. Em outras palavras, na normalidade do Estado Democrático de Direito as interceptações das comunicações telefônicas nascem para morrer, não podendo se perpetuar, sob pena de se vivenciar uma realidade muito pior do que aquela tangenciada nos momentos excepcionais, em que se busca restaurar a ordem democrática afetada.

Pela dicção do artigo 136, § 2º, da Constituição da República de 1988, no estado de defesa as restrições aos direitos fundamentais elencados no parágrafo primeiro podem durar, quando muito, sessenta dias. A toda evidência, aponta-se que não é razoável que, fora do período onde a ordem pública e a paz social estejam ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de

grandes proporções, a possibilidade de restrição ao direito fundamental — lê-se, sigilo das comunicações telefônicas — perdure por tempo maior do que no estado de defesa, como permitem as decisões proclamadas.

Ademais, a ausência de zelo no trato dos direitos fundamentais pode custar muito caro ao Estado Democrático de Direito. A interpretação encampada pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal abre perigoso precedente para a restrição de outro direito fundamental: a liberdade.

Ora, se os Tribunais Superiores garantem que a interceptação das comunicações telefônicas pode ser realizada por prazo indeterminado, admitindo sucessivas prorrogações na hipótese de prisão temporária, onde a Lei nº 7.960/89, em seu artigo 2º possibilita a prorrogação, esta poderá ser convalidada também por tempo indeterminado. Afinal, onde existe a mesma razão, deve prevalecer o mesmo direito.

Neste diapasão já havia sinalizado **Eduardo Luiz Santos Cabette**⁽⁵⁾ quando escreveu o seguinte: “O entendimento quanto à possibilidade de renovações ao arbitrio do juiz, conduziria à mesma conclusão nos casos da prisão temporária previstos no art. 2º da Lei nº 7.960/89 e no art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.072/90, fato este plenamente inadmissível à consciência geral, mas que, em essência, não diverge do caso das interceptações. A redação dos dispositivos é bastante semelhante e os argumentos expedidos para a defesa de reiterações indeterminadas da interceptação teriam pleno cabimento, sob a alegação de que sempre que fosse comprovada a ‘extrema necessidade’ para as investigações, poder-se-ia renovar o prazo de restrição da liberdade.”

O anteprojeto de lei em substituição à Lei nº 9.296/96⁽⁶⁾, que conta com a participação da professora **Ada Pellegrini Grinover**, tem o mérito de expressamente no artigo 9º prever que o juiz fixará a duração das operações até o prazo de 15 dias, renovável por igual período, desde que continuem presentes os pressupostos autorizadores da medida. Mas o parágrafo único do referido artigo do anteprojeto estipula expressamente que após a primeira renovação, as demais, por igual período, dependerão da verificação da excepcionalidade do caso concreto, baseada na apresentação ao juiz competente de relatório circunstanciado a respeito do resultado das operações já desenvolvidas, não podendo, contudo, o prazo máximo das

operações técnicas extrapolar sessenta dias, exceto quando se tratar de investigação relativa a crime permanente, enquanto não cessar a permanência, sendo necessária para as prorrogações novas ordens judiciais.

No Brasil — muitas vezes e com razão — se imputa ao legislador a causa pela inaplicabilidade das leis, em decorrência da péssima redação legislativa e até mesmo da ausência de critério na elaboração da legislação. Contudo, em determinados temas, o destino dado às leis, é resultado de uma distorcida interpretação, devendo, no caso em apreço, o Poder Judiciário assumir a sua parcela de contribuição no

rasgo aos direitos fundamentais. 

Notas

- (1) **BECHARA, Fábio Ramazzini.** “Crime organizado e interceptação telefônica”, *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, ano IV, nº 25, abril-maio 2004, p. 158.
- (2) **PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes.** “Sigilo das Comunicações: aspecto processual penal”, *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, nº 49, dez. 1996, pp. 7/8.
- (3) **MATTA, José Eduardo Nobre.** “A prova ilícita e o princípio da verdade real no processo penal – hermenêutica do art. 5º da Lei 9.296/96 (estudo em homenagem ao min. Marco Aurélio de Mello)”, *Revista dos Tribunais*, vol. 808, fev-mar 2003, p. 533.

- (4) **PRADO, Geraldo.** *Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, pp. 32/34.
- (5) **CABETTE, Eduardo Luiz Santos.** “O prazo de duração da interceptação telefônica e sua renovação”, *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, nº 70, set. 1998, pp. 8/9.
- (6) Projeto disponível no site: www.ibccrim.org.br. Consulta em 01/05/2005.

Tiago Abud da Fonseca

Mestrando em políticas públicas e processo pela Faculdade de Direito de Campos, professor da Faculdade de Direito de Campos e da Universidade Estácio de Sá e defensor público no Estado do Rio de Janeiro

A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 10.628 DE 24/12/2002: COMENTÁRIOS À RECENTE DECISÃO DO STF

Cícero Marcos Lima Lana e Paulo Henrique Ramon Porteiro

I. Introdução

A Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, alterou e inseriu dois parágrafos ao art. 84 do Código de Processo Penal, que passou a ter a seguinte redação:

“Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.”

Referido artigo trata de um dos elementos componentes da regra de competência no âmbito processual penal, qual seja, o foro por prerrogativa de função, que somado aos aspectos material e espacial, irá definir o local onde deverão ocorrer os atos processuais.

Desde logo, cumpre ser ressaltado que há sensível diferença entre a matéria tratada no *caput* do art. 84 e nos §§ 1º e 2º.

Isto porque, enquanto no *caput* se trata do foro por prerrogativa de função relativo à apuração de qualquer crime, no § 1º

é disciplinada a prorrogação do foro privilegiado, após o término da função pública, e no § 2º a abrangência é restrita aos atos de improbidade administrativa.

No dia 15 de setembro de 2005, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento de Ação Direita de Inconstitucionalidade⁽¹⁾, pelo Plenário, declarou a inconstitucionalidade parcial da Lei nº 10.628/2002 e, conseqüentemente, retirou do ordenamento jurídico os §§ 1º e 2º da referida lei.

O presente trabalho tem como escopo demonstrar o acerto desta decisão, e seus reflexos na apuração dos atos de improbidade administrativa.

II. Do julgamento

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp) e a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) ajuizaram ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal questionando a constitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, inseridos através da Lei nº 10.628/2002.

As ações, que tiveram como relator o ministro **Sepúlveda Pertence**, foram julgadas, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 15 de setembro de 2005.

No julgamento prevaleceu o entendimento do ministro relator, que considerou integralmente procedente a ação, por entender que a ação de improbidade não se cuida de uma competência penal e conseqüentemente não poder somar-se à competência originária do Supremo que é exclusivamente constitucional.

Pontualmente sobre o art. 84, § 1º do Código de Processo Penal, afirmou o ministro que “constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394”. E mais, “tanto é assim que a redação dada ao dispositivo questionado se aproxima substancialmente da proposta, então recusada pelo tribunal”⁽²⁾.

Na esteira do voto condutor do julgamento, seis ministros⁽³⁾ também entenderam pela inconstitucionalidade dos dispositivos questionados.

Merece destaque, em primeiro lugar, a posição exarada pelo ministro **César Peluso**, que apontou uma diferença substancial entre prerrogativa e privilégio; para ele, a prerrogativa é uma salvaguarda para o pleno e autônomo exercício da função pública, portanto, limitado ao período em que o agente está investido nesta função.

Estender esta prerrogativa, quando já cessada a função pública, constitui privilégio, de caráter meramente pessoal e não funcional o que, segundo o ministro, não encontra respaldo constitucional.

No mesmo sentido, o ministro **Carlos Ayres Britto**, afirmou que “o ex-titular do cargo, do mandato, da função não carrega consigo a prerrogativa como traz consigo a sua roupa, a sua indumentária, a sua vestimenta cotidiana, então me parece que, neste caso específico, o cancelamento da Súmula 394 foi muito bem processado e se mantém rigorosamente atual nos seus fundamentos jurídicos”.

Em sentido contrário, três ministros⁽⁴⁾ foram vencidos em seus votos.

Destaca-se, dentre os votos vencidos, a opinião exarada pelo ministro **Eros**

➔ **Grau**, que entendeu ter a ação de improbidade administrativa reflexos de natureza penal, sujeitando seus agentes ao foro especial.

Alegou ainda que o agente político deve ser processado no foro definido por prerrogativa de função ainda que a ação criminal tenha início ou prosseguimento após cessado o exercício da função pública.

III. Da impossibilidade de manutenção do foro por prerrogativa de função após o término da atividade pública

A manutenção do foro por prerrogativa de função após o término da atividade pública era matéria sumulada pelo Supremo Tribunal Federal, sob o nº 394.

No entanto, o próprio tribunal acabou por cancelar referida Súmula, entendendo ser impossível que ex-ocupantes de cargos públicos mantivessem a prerrogativa outorgada àqueles que exercem funções públicas.

O Poder Legislativo, no entanto, no afã de proteger interesses próprios, editou a Lei nº 10.628/2002 e, de forma explícita, tentou ripristinar a benesse da súmula já cancelada.

E justamente por se tratar de matéria já conhecida e há muito pacificada, foi proferida a decisão declarando a inconstitucionalidade do dispositivo.

Realmente, e conforme entendeu o pretório excelso, tal norma não pode prosperar, pois além de transformar aquilo que corresponde a uma garantia do fiel cumprimento da atividade pública, sem a possibilidade de perseguições de qualquer tipo, em um privilégio descabido, de caráter pessoal e não funcional, fere cabalmente o princípio constitucional da igualdade.

Isto porque, o cidadão que outrora exerceu cargo merecedor de foro privilegiado, não é diferente de qualquer outra pessoa a partir do momento em que deixa a atividade pública.

Deve, portanto, prevalecer o princípio da atualidade do exercício da função, de forma ao benefício jurídico-penal se limitar apenas àqueles que efetivamente estão no exercício da função pública.

IV. Da impossibilidade de apuração dos atos de improbidade administrativa em qualquer foro por prerrogativa de função

Os agentes públicos que cometem crime de responsabilidade não obrigatoriamente cometem atos de improbidade administrativa.

De fato, é preciso seja feita uma distinção entre crimes comuns, crimes de

responsabilidade e atos de improbidade administrativa.

Os crimes comuns são aquelas suscetíveis de serem praticados por qualquer cidadão.

Já os crimes de responsabilidade, em regra, são praticados por agentes públicos.

No entanto, conforme ensina o professor **Damásio E. de Jesus**⁽⁵⁾, necessário se fazer uma distinção: crimes de responsabilidade em sentido amplo correspondem não apenas os tipos penais funcionais definidos no Código Penal ou legislação penal especial (crimes de responsabilidade próprios), mas também as infrações político-administrativas (crimes de responsabilidade impróprios).

Sendo assim, aquelas infrações político-administrativas as quais são cominadas penas políticas (crimes de responsabilidade impróprios) não estão inseridas na regra de competência atinente aos crimes, mas sim, são processadas mediante procedimento de *impeachment*.

Logo, não há que se falar, em relação a estes crimes de responsabilidade impróprios, em foro privilegiado, mas sim em foro específico devidamente delineado pela Constituição Federal.

Explica-se: a apuração destes crimes de responsabilidade impróprios se dá em apenas um local, qual seja, o Poder Legislativo; não havendo qualquer troca ou alteração de competência como ocorre no foro privilegiado onde, ao invés de ser processado, por exemplo, na 1ª Instância, o deputado federal sofre o processo criminal diretamente no Supremo Tribunal Federal.

O ato de improbidade administrativa, por sua vez, corresponde às ingerências cometidas pelos agentes públicos que importam em enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e violação dos princípios constitucionais administrativos a serem apurados mediante ação cível específica.

Portanto, em nada se assemelham com os crimes comuns que são apurados mediante ação penal.

A própria Constituição Federal, ao tratar desses atos de improbidade administrativa faz uma ressalva quando, após descrever as punições cabíveis, diz em seu art. 37, § 4º, *in fine*, “sem prejuízo da ação penal cabível”.

Ademais, quando a Constituição Federal pronuncia “nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade” (v.g. art. 102, I, c), está se referindo aos crimes de responsabilidade próprios, apenados com sanções criminais; e não àqueles crimes de responsabilidade impróprios cujo processo e julgamento compete, em regra, ao Poder Legislativo.

“A CF se refere aos delitos de responsabilidade propriamente ditos quando menciona os casos em que o processo e o julgamento se realizam fora do procedimento do impeachment”⁽⁶⁾.

Com isso, nem mesmo eventual equiparação entre atos de improbidade administrativa e crimes de responsabilidade impróprios teria o condão de fazer com que os primeiros fossem julgados em algum foro criminal privilegiado.

Na verdade, isto somente seria possível mediante alteração do texto constitucional, por meio de uma emenda, e não através de lei ordinária, como é o caso da norma tida pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Carta Magna.

V. Conclusões

Ante tudo o que foi exposto, é necessário concluir que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, declarando a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/2002, foi a mais acertada possível, indo de encontro com os preceitos constitucionais que regem a matéria.

De fato, impossível a manutenção do foro por prerrogativa de função após o término da atividade pública e, além do mais, não se pode sequer ventilar a hipótese de existência de foro criminal privilegiado para apuração de atos de improbidade administrativa. Pelo menos enquanto não haja eventual reforma do texto constitucional. ●

Notas

- (1) ADINs nºs 2.797 e 2.860, relator ministro **Sepúlveda Pertence**.
- (2) Palavras proferidas pelo ministro **Sepúlveda Pertence** quando da leitura do voto em Plenário no dia 15.09.2005.
- (3) Votaram com o ministro relator os ministros **César Peluso, Joaquim Barbosa, Carlos Ayres Brito, Marco Aurélio, Carlos Velloso e Celso de Mello**.
- (4) Foram vencidos os ministros **Eros Grau, Gilmar Mendes e Ellen Gracie**.
- (5) **JESUS, Damásio E. de**. *Direito Penal*, vol. 1, 26ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 221-223.
- (6) **JESUS, Damásio E. de**. *Direito Penal*, vol. 1, 26ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 222.

Cícero Marcos Lima Lana

Advogado, pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET, especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo e professor de Direito Processual Penal e Direito Penal na Unip – Campinas

Paulo Henrique Ramon Porteiro

Advogado e ex-delegado de Polícia Federal

Nunca se falou tanto, em termos de política criminal contemporânea, na necessidade de o Direito Penal evoluir para poder alcançar os novos rumos da criminalidade. Tal premissa é reiteradamente utilizada para justificar um incremento na intervenção punitiva e, conseqüentemente, uma fragilização das garantias individuais. Estranha-se, contudo, que esta mesma evolução não seja adotada, em alguns casos, como orientação tendente à contenção do poder punitivo.

Um dos aspectos que merece ser lembrado, nesse sentido, diz respeito ao velho princípio do *jura novit curia*: o entendimento de que *o juiz conhece o Direito (narra mihi factum dabo tibi jus)* é um dogma repetido em qualquer manual de Direito Processual Penal, assim como na jurisprudência brasileira, para representar que o réu defende-se dos fatos que lhe são imputados, e não da sua capitulação jurídica. O resultado disso é que o juiz estaria autorizado, na sentença, a modificar a definição legal descrita na denúncia mesmo sem o seu aditamento, desde que o fato permanecesse inalterado (*emendatio libelli* — art. 383 do CPP).

É interessante, contudo, que a prepotência processualista tem-se mostrado incapaz de notar que o tipo penal, há muito — se é que algum dia foi assim — deixou de ser composto somente de elementares objetivas. Afora a peculiaridade de que toda elementar objetiva não prescinde de um juízo de valor acerca do fato — o que, de certa forma, torna-a, em certa medida, também normativa —, há muito que a teoria belinguiana do tipo penal meramente descritivo e valorativamente neutro está ultrapassada. Hoje é sabido que, em regra, o tipo penal é composto de elementares normativas, subjetivas e/ou objetivas⁽¹⁾.

O peculiar é que a “moderna criminalidade” tem um traço marcante quanto à sua definição legal: normalmente, os tipos penais que descrevem tais delitos, tendo em vista que se orientam ao reforço do Direito extrapenal, definem crimes de perigo por meio de normas penais em branco⁽²⁾. Em razão de a legislação ordinária ser fardistamente pesada para acompanhar a necessidade de constante alteração da ilicitude extrapenal, recorre-se à técnica da fluidez da norma penal em branco a fim de que a norma complementadora é que fique encarregada de acompanhar essa evolução. Não é por acaso que as leis penais que tutelam, por exemplo, o meio ambiente e o sistema financeiro nacional antecipam, já no âmbito do tipo penal, a ilicitude extrapenal embutida em elementares normativas (“sem previsão legal”, “indevidamente”, “em desacordo com as formalidades legais”, etc.). Afora a circunstância de, nesses casos, a

possibilidade de um erro de proibição ser diminuta — pois o erro sobre tal ilícitude, antecipada no tipo, já caracterizaria um erro de tipo incriminador⁽³⁾ — seremos obrigados a reconhecer que tais formas de definição legal de conduta, associada à atual tendência pela especialização das normas penais, fazem com que o réu, no fim das contas, tenha de se defender não só do fato que lhe foi imputado, senão também da valoração jurídica que recaia sobre esse fato e que constitui a elementar especializadora.

Pense-se no seguinte exemplo: alguém é processado criminalmente pela prática de crime de estelionato (art. 171 do CP) porque teria, por meio de fraude, induzido em erro diversas pessoas, causando-lhes prejuízo patrimonial. Na sentença, contudo, a autoridade judicial, entendendo que o réu, omitindo informações, induzira em erro investidores do mercado financeiro, desclassifica o delito para o descrito no art. 6º da Lei nº 7.492/1986⁽⁴⁾, nos termos do art. 383 do CPP. Se levarmos ao pé da letra a tese de que o réu defende-se apenas dos fatos, então tal desclassificação poderia ser realizada (ainda que a pena resultante seja grave) independentemente de aditamento da denúncia, na medida em que a condenação em nada teria inovado quanto aos limites fáticos da imputação.

Não se pode negar, contudo, nesse exemplo, que a defesa do réu seria absolutamente diversa conforme a capitulação legal do delito. Com efeito, o crime de estelionato tutela direitos individuais, sendo crime material e de dano. Já o crime definido no art. 6º da Lei nº 7.492/1986 diz respeito à tutela penal difusa⁽⁵⁾ (sistema financeiro nacional), sendo crime formal e de perigo. Imagine-se que, durante toda a instrução criminal, a defesa do réu, buscando rebater a imputação do delito de estelionato, tenha-se preocupado em demonstrar que as vítimas não sofreram lesão patrimonial, sendo a conduta imputada, pois, atípica. Muito embora tal tese tenha relevância em relação a um crime de dano (art. 171 do CP), é absolutamente despidianda quanto a um crime de perigo: a incidência do art. 6º da Lei nº 7.492/1986 não pressupõe lesão efetiva a investidores⁽⁶⁾, caso em que a demonstração da ausência de prejuízo seria irrelevante. Ao contrário, se a denúncia tivesse imputado, desde o início, o delito contra o sistema financeiro, a maior preocupação da defesa deveria ser a “demonstração” (*sic*) de que a empresa do réu não tinha natureza de instituição financeira, ou que, ainda que o tivesse (*ad argumentandum tantum*), não teria sido sonogada informação a investidores ou, ainda que o tivesse (*ad argumentandum*), tal omissão não teria colocado em risco concreto o sistema financeiro nacional⁽⁷⁾.

Tal exemplo é interessante para notar-mos que o período paleolítico do Direito Processual Penal, em que o réu defendia-se apenas dos fatos, já se esgotou. Principalmente no “crime moderno”, cuja tipicidade normalmente pressupõe a ilicitude extrapenal, o réu defende-se não só do fato, senão também do Direito que sobre ele recai.

Não estamos a afirmar que a *definição jurídica diversa* (art. 383 do CPP) pressuponha, em qualquer hipótese de agravamento da pena, aditamento da denúncia — muito embora isso até fosse conveniente —, mas também não podemos reconhecer que, contemporaneamente, a *emendatio libelli* possa operar-se, em qualquer hipótese, à míngua do aditamento.

Os limites do presente estudo não nos permitem tecer maiores considerações acerca dos pressupostos teóricos para que o aditamento, referente à *emendatio libelli* (art. 383 do CPP), seja obrigatório⁽⁸⁾. Interessamos, por ora, concluir que a vetusta tese de que o réu defende-se dos fatos, e não da capitulação jurídica do fato, há de ser relativizada para o fim de reconhecermos que, em algumas hipóteses, a mudança da definição legal repercute no próprio alcance material do injústo penal, caso em que a desclassificação, se resultar em agravamento da pena, só poderia ser operada mediante aditamento da denúncia e oportunização de contraditório. ◉

Notas

- (1) Sobre o tema, v.: **LUISI, Luiz**. *O Tipo Penal, a Teoria Finalista da Ação e a Nova Legislação Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.
- (2) Sobre o tema, v.: **SCHMIDT, Andrei Zenkner**. *Princípio da Legalidade no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 156-160.
- (3) Cf. **BITENCOURT, Cezar Roberto**. *Tratado de Direito Penal*. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, vol. 1, pp. 344-347.
- (4) “Art. 6º. Induzir ou manter em erro sócio, investidor ou repartição pública competente, relativamente a operação ou situação financeira, sonegando-lhe informação ou prestando-a falsamente: Pena – Reclusão, de 2 a 6 anos, e multa.”
- (5) Sobre o tema, v.: **FELDENS, Luciano**. *Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- (6) Cf. **PIMENTEL, Manoel Pedro**. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: RT, 1987, p. 63; **MAIA, Rodolfo Tigre**. *Dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 71.
- (7) Por óbvio que essa última tese seria infundada para aqueles que consideram o delito em comento como de perigo abstrato.
- (8) Sobre o tema, v.: **FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner**. *Investigação Criminal e Ação Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005, pp. 150-151, 160-161.

Andrei Zenkner Schmidt

Advogado e professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC/RS

A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no RHC nº 81.057, decidiu que: “No porte de arma de fogo desmuniçada, é preciso distinguir duas situações, à luz do princípio de disponibilidade: (1) se o agente traz consigo a arma desmuniçada, mas tem a munição adequada à mão, de modo a viabilizar sem demora significativa o municiamento e, em consequência, o eventual disparo, tem-se arma disponível e o fato realiza o tipo; (2) ao contrário, se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal — isto é, como artefato idôneo a produzir disparo — e, por isso, não se realiza a figura típica.”

Recentemente, na sessão plenária do dia 05/10/05, a questão voltou a ser objeto de acalorada discussão no julgamento do HC nº 85.240 que: “Após o voto do senhor ministro

Carlos Britto (relator), que indeferia a ordem, e do voto do senhor ministro **Sepúlveda Pertence**, deferindo-a, pediu vista dos autos o senhor ministro **Carlos Velloso**.”

Os argumentos em confronto são os mesmos de antes do Estatuto do Desarmamento: (a) – Arma de fogo desmuniçada e sem possibilidade imediata de municiamento não é artefato idôneo para realizar figura típica que tenha tal elemento. Por exemplo, não é causa de aumento no roubo com arma de fogo, como também seu porte ilegal é fato atípico. (b) – Arma de fogo desmuniçada é arma de fogo e realiza o tipo, pois intimida e perturba a tranquilidade pública. É causa de aumento no roubo e seu porte ilegal é fato típico.

O argumento que identifica a arma de fogo desmuniçada e sem possibilidade imediata de municiamento como artefato inidôneo a produzir disparo — “e, por isso, não se realiza a figura típica” —, está de acordo com o princípio constitucional da ofensividade, conforme consta na ementa do RHC nº 81.057: “Para a teoria moderna — que dá realce primacial aos princípios da necessidade da incriminação e da lesividade do fato criminoso — o cuidar-se de crime de mera conduta — no sentido de não se exigir à sua configuração um resultado material exterior à ação — não implica admitir sua existência independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado pela incriminação da hipótese de fato.”

O argumento é simples e lógico. Os

tipos penais que incriminam a posse e o porte ilegal de arma de fogo tutelam exclusivamente a incolumidade pública. A arma desmuniçada sem municiamento de pronto não é hábil para o disparo. Logo, não lesiona o bem jurídico tutelado pela norma, fato atípico.

Contudo, especificamente em relação aos tipos penais da Lei nº 10.826/03, Estatuto do Desarmamento, existe um complicador novo nesse antigo debate. Na referida lei, a pena cominada para porte ilegal de arma de fogo de uso restrito é a mesma para porte ilegal de arma de uso

permitido com numeração raspada, ou seja: reclusão de 3 a 6 anos. Enquanto que o porte ilegal de arma de uso permitido com numeração intacta tem pena cominada de 2 a 4 anos. No caso de posse ilegal de arma com numeração raspada ou

intacta, a diferença entre as penas cominadas é ainda mais acentuada.

Ora, se o bem jurídico tutelado for somente a incolumidade pública, tais tipos penais ofenderiam o princípio constitucional da proporcionalidade. O poder de fogo de uma arma não está na sua numeração. Possuir ou portar ilegalmente uma arma de uso restrito tem pena mais grave porque a arma de uso restrito tem maior poder de fogo do que aquela de uso permitido. E esta não aumenta o seu poder de fogo se tiver a numeração raspada. Na lesão à incolumidade pública, a arma com numeração intacta ou raspada tem o mesmo poder de fogo e, por isso, deveria ter a mesma pena, sendo desproporcional apenas diferentemente condutas com lesividades iguais.

Assim, se a lei comina a mesma pena para condutas com armas de poder de fogo diferentes e essa pena for constitucional, outro deve ser o bem jurídico tutelado pelos tipos penais e não somente a incolumidade pública.

Na Lei das Contravenções Penais de 1941, a posse e o porte ilegal de armas de fogo tutelavam exclusivamente a incolumidade pública. O registro da arma ou a autorização para porte não tinham grande importância no controle da circulação desse artefato. Não havia grandes exigências. Com a Lei nº 9.437/97, as exigências legais aumentaram. O Sistema Nacional de Armas foi criado. O controle legal da

circulação desse artefato foi ampliado e limitou a sua circulação, mas não foi suficiente diante da trágica taxa de homicídios por armas de fogo. Com a Lei nº 10.826/03, esse controle ficou tão restritivo que a posse legal de arma de fogo é a exceção da proibição geral e o porte legal, a exceção da exceção.

Hoje, para que o cidadão comum possua legalmente uma arma de fogo na sua residência ou empresa é necessário que, a cada 3 anos, declare a efetiva necessidade explicitando os fatos e circunstâncias justificadoras, comprove idoneidade, residência certa, ocupação lícita, capacidade técnica, aptidão psicológica e não pode ser menor de 25 anos. Para o porte legal, de eficácia temporária e territorial limitada, deve ainda demonstrar a sua efetiva necessidade por exercício de atividade profissional de risco ou de ameaça à sua integridade física.

Muito diferente da realidade normativa que serviu de fundo para o debate sobre a tipicidade ou não da arma de fogo desmuniçada. Atualmente, a Lei de Controle da Circulação de Arma de Fogo sugere que além da incolumidade pública, os tipos penais que incriminam a posse e o porte ilegal de arma também tutelam os registros para posse ou porte legal porque erigidos, pela Lei nº 10.826/03, em instrumentos de controle da circulação desse artefato. A importância penal desse novo bem jurídico (necessidade da incriminação) pode ser aferida nas 40 mil mortes por ano provocadas por arma de fogo.

Nesse argumento, é necessário distinguir arma desmuniçada de arma inidônea para o disparo. Naquela, a ausência de munição não a descaracteriza como arma de fogo, tanto que obrigada ao registro. Nesta, a impossibilidade absoluta para o disparo a equipara à arma obsoleta que a lei dispensa do registro. Logo, posse ou porte de arma inidônea é fato atípico, pois não lesiona nem a incolumidade pública nem os registros no Sinarm. Diferentemente, com o que ocorre se hábil para o disparo, embora sem munição. Neste caso, não lesiona a incolumidade pública porque não pode disparar imediatamente, mas lesiona o controle da circulação de armas pela ausência dos registros de posse ou porte.

Portanto, na vigência da Lei nº 10.826/03, posse ou porte ilegal de arma de fogo, mesmo que desmuniçada, é fato típico, pois lesiona efetivamente o controle de circulação de armas pelo registros do Sinarm.

DA PROIBIÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO DO ADVOGADO EM FACE DO ART. 7º, § 3º, DO ESTATUTO DA ADVOCACIA

Leonardo Massud e Leandro Sarcedo

DA PROIBIÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO DO ADVOGADO EM FACE DO ART. 7º, § 3º...

Ultimamente, sob a ótica dos direitos e prerrogativas conferidos ao advogado, para que este possa continuar a exercer sua profissão com liberdade e independência, muito se tem discutido sobre a (i) legalidade da invasão de diversos escritórios de Advocacia, cuja finalidade seria a de buscar e apreender eventuais provas de condutas criminosas que poderiam ter sido cometidas por seus clientes.

Paralelamente a essa discussão, o objetivo do presente artigo é trazer à memória dos operadores do Direito um esquecido, mas importantíssimo excerto legal constante do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, mais precisamente o art. 7º, § 3º, da Lei Federal nº 8.906/94, que estabelece:

“O advogado somente poderá ser preso em flagrante por motivo de exercício da profissão, em caso de crime inafiançável, observado o disposto no inciso IV deste artigo.”

Antes de iniciar a interpretação desse dispositivo legal, nunca é demais ressaltar que o advogado foi erigido, pela Constituição da República de 1988, num ente *“indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”* (art. 133).

O status adquirido pela classe dos advogados na chamada Constituição Cidadã, longe de representar algum tipo de odioso privilégio, é, na verdade, resultado conquistado pela luta diuturna e incessante desses profissionais na defesa dos cidadãos — sejam estes os mais humildes, ou o mais incauto figurão da República — contra desmandos não raramente praticados por nosso Poder Público (Legislativo, Executivo ou Judiciário) no exercício de suas atividades persecutórias e/ou fiscalizadoras.

A dificuldade na interpretação do dispositivo legal objeto do presente estudo reside principalmente na decodificação do significado jurídico dos termos *“por motivo de exercício da profissão”* e *“crime afiançável”*.

Começando por definir *“crime afiançável”*, verifica-se que, a teor dos arts. 322 e 323 do CPP, são, em regra, afiançáveis não só todos os crimes e contravenções penais apenados com detenção ou prisão simples, cuja atribuição para arbitrar fiança é da autoridade policial, mas também aqueles crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada não seja superior a dois anos, caso em que a competência para arbitramento de fiança é do Poder Judiciário.

Assim, conclui-se que a norma legal

sob análise impede a prisão em flagrante delito do advogado que, *“por motivo da profissão”*, venha a cometer um delito apenado com prisão simples, detenção, ou reclusão, desde que, neste caso, a pena mínima cominada não seja superior a dois anos.

Resta, portanto, compreender o significado jurídico do termo *“por motivo da profissão”*, sendo este o ponto que traz as maiores dificuldades à efetividade da aplicação do referido dispositivo legal no dia-a-dia da Advocacia, porque, costumeiramente, as autoridades que dão voz de prisão em flagrante delito ao advogado, nestas circunstâncias, alegam que sua conduta *excedeu os limites da profissão*.

É óbvio que toda a conduta em tese tipificável como infratora da legislação penal é excedente dos limites da profissão da Advocacia, uma vez que esta é inteiramente regulada e normatizada, nos termos da Lei Federal nº 8.906/94.

Parece, portanto, claro que o termo legal *“por motivo da profissão”* refere-se aos eventuais crimes que o advogado possa cometer no exercício de sua profissão, os quais, se crime realmente forem, estarão **sempre** fora dos limites da profissão, uma vez que esta não foi concebida, reconhecida e regulada para dar azo à prática de infrações penais.

Assim, para que haja a incidência da regra legal estabelecida no art. 7º, § 3º, da Lei nº 8.906/94, não se permitindo a prisão em flagrante delito do advogado, basta que o crime em tese cometido seja afiançável, de acordo com a definição supra, e que o advogado esteja no exercício de sua profissão, ou seja, tenha se apresentado como advogado e esteja na defesa de algum interesse que lhe foi confiado, independente de ter ou não juntado procuração, ou peticionado nos autos.

Em vista dessa definição, verifica-se que a regra estabelecida pelo art. 7º, § 3º, da Lei nº 8.906/94, abrange indistintamente os delitos de *calúnia, difamação, injúria, furto, violação do segredo profissional, apropriação indébita, estelionato, fraude à execução, corrupção ativa*, dentre outros tantos.

Não deve o leitor assustar-se com esta lista de crimes, ou mesmo dizer que se pretende transformar o sagrado exercício profissional do advogado num esconderijo dentro do qual ele se tornaria quase imune à legislação penal, mas sim ter em consideração que esta é uma proteção (prerrogativa) conferida ao advogado no seu exercício profissional, para que ele possa atuar com destemor na

defesa dos direitos de seu constituinte.

É óbvio que o advogado que efetivamente transgrediu a lei penal, ainda que esteja no exercício de sua profissão, deve ser processado e condenado criminalmente, ter sua prisão preventiva judicialmente decretada se o caso assim comportar, ou mesmo ser processado e condenado pelo Tribunal de Ética e Disciplina da OAB.

No entanto, ao promulgar o artigo 7º, § 3º, da Lei nº 8.906/94, o legislador pretendeu proteger o advogado de ser tolhido em seu regular exercício profissional por autoridades arbitrárias que, sob a desculpa de estar coarctando o descumprimento da lei, na verdade abusam de seu poder institucional e imputam a prática de crimes ao advogado, para frustrar o livre exercício profissional dele.

Dessa forma, andou muito mal o Supremo Tribunal Federal (STF) quando, há mais de dez anos, por meio de uma medida liminar deferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (nº 1.127), promovida pela Associação dos Magistrados Brasileiros, deu interpretação ao referido artigo de lei no sentido de que o mesmo não abrange o delito de *desavato*, o que é lamentável, uma vez que este deveria ser, para a efetiva proteção do livre exercício da Advocacia, um dos principais crimes abrangidos pelo dispositivo legal em análise.

E não só errou o STF, como também vem perpetuando o seu erro, já que se passou mais de uma década da apreciação liminar da matéria, sem que a mais alta instância jurídica do País tenha se dignado a debater novamente o assunto, desta feita com a profundidade necessária no julgamento do *meritum causae* da aludida ação constitucional.

Essa falta de atenção para com as prerrogativas profissionais dos advogados, proveniente da mais alta corte judicial brasileira, dá a exata medida das dificuldades que a cidadania brasileira vem enfrentando na luta contra o Leviatã que se tornou o nosso Estado, ainda que seja só para ver os seus mais básicos direitos constitucionais reconhecidos e garantidos. ◻

Leonardo Massud

Advogado especializado em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra/IBCCRIM e mestrando em Direito Penal pela PUC/SP

Leandro Sarcedo

Advogado

Leonardo Massud e Leandro Sarcedo

O recurso à prisão temporária com fundamento em sua imprescindibilidade para as investigações (Lei nº 7.980/89, art. 1º, I) tem se tornado um lugar comum no cotidiano da prática policial, sobretudo no bojo de inquéritos que se destinam a desbaratar supostas organizações criminosas.

Trata-se, contudo, de um fundamento falacioso, segundo entendemos, à vista dos demais instrumentos postos à disposição da investigação em tais casos, *ng.* ação controlada, acesso a dados sigilosos, interceptação telefônica e infiltração, todos previstos no art. 2º da Lei nº 9.034/95.

Esta lei, que dispõe sobre os meios operacionais destinados ao combate do crime organizado, de certa forma abre janelas para um novo esquema metódico de investigação⁽¹⁾ que, sem prejuízo dos procedimentos já previstos em lei e ordinariamente utilizados na chamada criminalidade clássico-liberal⁽²⁾, admite todo um conjunto de instrumentos, procedidos judicialmente, que muita discussão tem gerado, à vista da flexibilização de garantias⁽³⁾.

Não se pode, contudo, ignorar a natureza especialíssima da criminalidade organizada (econômica e de colarinho branco), cujas notas quase freqüentes são a lavagem de dinheiro e a corrupção do funcionalismo público entre outras características⁽⁴⁾, porque, ainda quando não alcançada aquela estrutura efetivamente organizada que se teoriza, sem dúvida alguma possui traços complexos, do que decorre o seu difícil entendimento, desde a dificuldade na tipificação (quase sempre permanente ou continuada) até o problema na identificação das funções subjetivas, entre autoria e participação (que convergem para o art. 288 do Código Penal).

O problema é que o recurso à prisão temporária, na prática, tem excedido a sua função legítima, qual seja de imprescindibilidade para a investigação, tornando-se injustificável ante uma análise mais detida que considere, em conjunto, as seguintes questões:

a) a natureza dos crimes que se cometem por organização, porque se provam necessariamente por vestígios indelévels postos à disposição da Justiça, mediante quebra de sigilos bancário e fiscal;

b) a infalibilidade de certos meios disponíveis à investigação, em especial a interceptação telefônica, que consegue demonstrar os vínculos subjetivos no curso de agentes, evidenciando autoria e

participação, segundo a divisão de trabalho estabelecida na organização; e

c) a proporcionalidade entre o bem jurídico tutelado pela lei penal e o bem jurídico liberdade, que somente poderia ser desconsiderada em situações extremas nas quais a investigação dependesse *exclusiva e essencialmente* da prisão, não podendo ser outro o meio, mas sempre sob garantias, atendendo a imposições de certas teorias constitucionalistas do Direito Penal⁽⁵⁾.

Em parte, talvez o recurso à prisão decorra do fato de não existir muito bem difundida, entre os órgãos de Polícia Judiciária, uma metodologia de investigação criminal na forma de doutrina científica, embora não se possa negar a existência de uma prática empírica bem sedimentada, mas quase sempre concebida sem atentar para os limites e condições do garantismo jurídico.

Noutra parte, contudo, notam-se funções ilegítimas, difusas e mesmo à margem da lei que se põem à parte da função legítima da prisão temporária, evidenciando espaços vazios do sistema penal, que se encontram abertos à prevalência do poder penal, em detrimento do saber.

A prisão temporária

A bem da verdade, a prisão, por si mesma, ainda que como pena, já é um mal indelével. Uma mácula que atinge um bem jurídico excessivamente importante — atrás apenas do bem vida, segundo teorias constitucionalistas do delito —, que somente deveria se justificar como resposta a ofensas contra um bem de maior valor ou, no máximo, de igual valor, atendendo ao princípio da proporcionalidade⁽⁶⁾. Mas sabe-se quão irracional tem sido a legislação pós-codificação que, a título de ser emergencial, traduz uma profunda falta de desvelo para com a fundamentação do sistema penal a partir de sua racionalidade interna⁽⁷⁾.

Não obstante, a própria Lei nº 7.960/89 impõe o requisito fundamental para sua correta aplicação — se é que podemos ainda conceber a prisão antes de uma condenação como aceitável sob a pers-

pectiva de um Direito Penal Mínimo. De qualquer forma, atendendo ao regime jurídico instituído para a prisão temporária, esta somente deveria ser decretada no estrito limite da lei, segundo os termos desta, no caso de *imprescindibilidade*.

Primeiramente urge, neste ponto, esclarecer que a melhor interpretação em torno da análise sobre os requisitos da prisão temporária, segundo nos parece, somente a admite em duas hipóteses, seja no caso do inciso I, seja no caso do inciso

II, sempre, num ou noutro, combinado com o inciso III⁽⁸⁾. Outra interpretação é “afônica” ou não merece eco entre os operadores do direito.

E já aí temos uma primeira contradição intrínseca. Se a prisão temporária somente deve ser decretada nas hipóteses típicas

previstas no inciso III, desde que haja prova de autoria, a que se prestaria a prisão na investigação? Dito de outra forma: se para a prisão temporária já é necessário provar a autoria (minimamente é certo, mas mediante prova suficiente), o que resta à investigação que exige uma prisão temporária? A única resposta seria a “materialidade” do crime. Mas, noutro rumo, não se pode falar em prova de autoria sobre crime nenhum, sobre crime não demonstrado. É preciso também um mínimo de prova sobre o crime. E se já temos prova de crime é porque temos um mínimo de indício sobre a “materialidade”, um mínimo que talvez já fosse suficiente ao indiciamento. Como fundamentar então a prisão em tais circunstâncias? Como justificar a *necessidade* da prisão temporária, atendendo ainda aos princípios de *adequação e proporcionalidade* ínsitos a tais cautelares⁽⁹⁾?

Não se pode ignorar, contudo, que, no âmbito de uma investigação criminal, muito há que exige ser elucidado, para além da autoria e da “materialidade”, sobretudo na hipótese dos crimes praticados por organizações criminosas. Não se pode fechar um sistema de investigação, com amarras de uma garantia individual absoluta, deixando a polícia impossibili-

No caso dos crimes organizados, dispõe-se de um rol muito extenso de meios probatórios postos à disposição e de certa forma muito mais apropriados à demonstração do elemento típico do crime, de tal maneira que a prisão temporária, no mais das vezes, não se justifica nem acrescenta nada de efetivo à investigação, apenas subsistindo funções ilegítimas.

tada de proceder efetivamente, em especial porque sendo o crime a conduta que se pratica às escondidas e pretende permanecer desconhecida, a investigação precisa de uma margem de discricionariedade muito grande para encontrar a verdade investigada.

Mas, como já se disse, no caso dos crimes organizados, dispõe-se de um rol muito extenso de meios probatórios postos à disposição e de certa forma muito mais apropriados à demonstração do elemento típico do crime (*v.g.* dados bancários, fiscais e de comunicação), de tal maneira que a prisão temporária, no mais das vezes, não se justifica nem acrescenta nada de efetivo à investigação, apenas subsistindo funções ilegítimas.

Das funções ilegítimas

Por funções ilegítimas, referimo-nos a tudo quanto excede ao que legitimamente está permitido segundo o espírito da lei, considerando, neste caso, uma interpretação teleológica que nos permite concluir tratar-se da *função cognitiva da verdade*.

Neste sentido, tudo mais são funções ilegítimas que se observam constantemente na prática de investigação criminal, podendo ser referidas pelo menos quatro, na forma seguinte:

1) sob a perspectiva da sociedade, a prisão temporária (bem como outras cautelares) tem se mostrado como uma resposta sumária da Justiça (através da Polícia) à criminalidade e corrupção. O efeito que as grandes operações policiais têm causado na população é interessante. Percebe-se uma satisfação no povo ao serem divulgadas pela imprensa notícias de que empresários ou políticos foram presos, ou uma grande organização foi desbaratada. Não passa de uma função simbólica, materialmente perceptível, mas simbólica, porque logo o prazo exigido da prisão se esgota e o povo perplexo se pergunta: “já está solto?”, pois acreditava se tratar da prisão final e definitiva, ou na melhor das hipóteses de prisão em flagrante, ante o desconhecimento técnico-jurídico sobre como funcionam os institutos — embora isto não seja privilégio dos leigos nesta matéria;

2) sob a perspectiva da investigação, a prisão temporária não acresce absolutamente nada à verdade buscada, ou quando acresce é tão raro que nos foge um exemplo sequer. O preso fica à mercê da Justiça, geralmente em estabelecimento penal destinado à prisão definitiva, esperando ser ouvido sobre o que já se sabe através da interceptação telefônica, ou

sobre o que o preso nunca falará, resguardando-se o direito de silêncio ou de não ser obrigado a constituir prova contra si mesmo;

3) sob a perspectiva dos órgãos e agentes públicos que figuram na investigação, a prisão temporária traz prestígio imediato, demonstra que se está trabalhando no combate ao crime e corrupção, sobretudo quando acompanhada pela imprensa que, “coincidentalmente”, sempre está presente no lugar e hora marcados para registrar tudo. Paralelamente, à mídia traz notícia que pode ser explorada nos melhores horários, sempre a título de “informar a população”;


4) sob a perspectiva do preso, por fim, a prisão tem uma função notadamente punitiva, antecipada, sem contraditório nem ampla defesa. Por mais que o discurso da doutrina se esforce no esmero de argumentar sob vários aspectos a legitimidade das prisões cautelares, estas sempre serão “ontologicamente” uma única e mesma coisa: prisão, com seus consecutórios e suas mazelas, sobretudo quando os presos cautelares são mandados aos mesmos estabelecimentos destinados aos presos por decisão definitiva (Lei nº 7.960/89, art. 3º) e, além disso, porque, na forma como são executadas, à luz da imprensa, a prisão cautelar lhe causa mais dano à integridade moral que a pena final.

Tais funções ilegítimas da prisão temporária com fundamento na imprescindibilidade à investigação demonstram sem dúvida a necessidade de pensarmos na investigação criminal com mais método, sob uma perspectiva científica, bem como a necessidade de pensarmos o Direito Penal com mais racionalidade, sob uma perspectiva garantista, mas não nos livra da balda de estarmos exercendo o poder, em excesso ou com desvio, quando deveríamos usar o saber. A respeito dessa dualidade, aliás, há uma advertência feita por Ferrajoli, muito apropriada aqui:

“De forma sintética, pode-se dizer que o juízo penal — como ademais toda atividade judicial — é um ‘saber-poder’, quer dizer, uma combinação de conhecimento (veritas) e de decisão (auctoritas). Em tal entrelaçamento, quanto maior é o poder tanto menor será o saber, e vice-versa” (2002:39).

É o que se observa nessa questão: quando se admite, equivocadamente, o recurso à prisão (autoridade) como instrumento da investigação (conhecimento), numa hipótese em que todos os demais recursos postos à disposição seriam por si suficientes à conclusão sobre

a verdade investigada, estamos abdicando de uma justiça consensual, com base no exercício da razão, para reafirmar um Estado de poder, com base na violência moral.

Com isso, não se pretende aduzir argumentos em favor do crime organizado, porque este deve, sim, ser combatido, mediante inclusive um novo paradigma de investigação que seja mais eficaz, sem, contudo, abdicar dos princípios que conferem ao direito penal racionalidade: *adequação, necessidade e proporcionalidade*. 

Notas

- (1) Em conjunto com uma legislação penal fundada em novos paradigmas, como as leis de interceptação telefônica, lavagem de dinheiro, proteção à testemunha e identificação criminal.
- (2) Trata-se dos crimes individuais e populares, que se utilizam de prisões cautelares e busca e apreensão.
- (3) Leia-se, a respeito do tema, “Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias” (IBCCRIM, 2004), em que **Francis Rafael Beck** adverte: “o medo da criminalidade organizada é um dos responsáveis pelas mais radicais alterações e exacerbações do poder de polícia e do próprio Direito Penal dos últimos tempos. Princípios de garantia material e processual são limitados ou mesmo afastados. O atual debate sobre política criminal veicula a impressão de que a solução do problema consiste em conferir às autoridades da segurança pública, de uma vez por todas, todos os meios e instrumentos necessários que sempre reivindicaram” (2004:164).
- (4) Cf. **BECK**, 2004: 74.
- (5) Cf. **LOPES, Maurício Antonio Ribeiro**. *Teoria Constitucionalista do Direito Penal*, RT, 2000.
- (6) Cf. **LOPES**, 2000:30. “A restrição da liberdade, colocada como meio apto a prevenir e reprimir delitos atentatórios a bens jurídicos de hierarquia inferior à da própria sanção, sempre representou em nosso ideal um exagero a ser compensado com um sistema mais garantidor não apenas sob o aspecto formal (processual), mas principalmente material”.
- (7) “Por **legitimação interna** ou **legitimação em sentido estrito** refiro-me à legitimação do direito penal por via de princípios normativos, internos ao próprio ordenamento positivo, vale dizer, a critérios de avaliação jurídicos, ou, mais especificamente, intrajurídicos” (cf. **FERRAJOLI, Luigi**. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, RT, 2002:171).
- (8) Neste sentido, cf. **FERNANDES, Antonio Scarance**. *Processo Penal Constitucional*, RT, 2002:307 e segs.
- (9) Cf. **FREITAS, Jayme Walmer de**. *Prisão Temporária*, Saraiva, 2004:20.

Eliomar da Silva Pereira
 Delegado de Polícia Federal em Mato Grosso e pós-graduando em Ciências Criminais (UVB/IELF/ESUD)

O RDE (Regime Disciplinar Especial) de Hortolândia-SP⁽¹⁾ foi instituído em 19 de agosto de 2002 pela Resolução SAP-59. Segundo a Resolução, art. 2º, “o RDE destina-se a presos provisórios e condenados da região de Campinas, cuja conduta, no convívio carcerário, esteja subsumida em uma ou mais das seguintes hipóteses:

I - Incitamento ou participação em movimento para subverter a ordem ou disciplina;

II - Tentativa de fuga;

III - Participação em facções criminosas;

IV - Posse de instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem ou de estabelecer comunicação proibida com organização criminosa;

V - Prática de fato previsto como crime doloso que perturbe a ordem do estabelecimento”.

A internação deve ser feita, a princípio, em regime de ocupação inicial, a partir de lista simples enviada pelo diretor do estabelecimento prisional ao coordenador regional. Em momento posterior, o diretor deverá fundamentar em petição a necessidade de internação, o coordenador regional dará parecer, para então o secretário adjunto decidir sobre a permanência ou não dos presos no RDE.

O tempo máximo, pelo art. 5º, é de 360 dias de internação. Há possibilidade de remição de, no máximo, 51 dias, o que reduz a permanência no RDE para 309 dias.

O que distingue o RDE dos demais estabelecimentos prisionais da Secretaria da Administração Penitenciária são as disposições acerca dos direitos e garantias a serem mantidos e aqueles que serão suspensos ou restringidos, bem como a informação de que o RDE é uma sanção, presentes nos arts. 6º e 7º:

“Art. 6º. Durante a permanência, para assegurar os direitos do preso, serão observadas as seguintes regras:

I - Conhecimento dos motivos de inclusão no RDE;

II - Cela coletiva de 8 pessoas;

III - Saída da cela para banho diário de 1 hora de sol;

IV - Duração de 3 horas semanais para o período das visitas, fixado em um ou outro dia da semana, conforme a divisão dos raios da unidade prisional;

V - Contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, leitura, rádio e televisão;

VI - Proibição da visita íntima;

VII - Entrega de alimentos industrializados, peças de roupas e de abrigo e objetos de higiene pessoal, uma vez ao mês, pelos familiares ou amigos constantes do rol de visitas;

VIII - Remição do RDE, à razão de 1 dia de desconto por 6 dias normais, sem falta disciplinar, com a possibilidade de serem remidos, no máximo, 51 dias, e cumpridos 309 dias de regime;

IX - A ocorrência de falta disciplinar determina a perda do tempo anteriormente remido.

Art. 7º. O cumprimento do RDE exaure a sanção e nunca poderá ser invocado para fundamentar nova inclusão ou desprestígio o mérito do sentenciado, salvo, neste último caso, a má conduta denotada no curso do regime e sua persistência no sistema comum”.

Art. 7º. O cumprimento do RDE exaure a sanção e nunca poderá ser invocado para fundamentar nova inclusão ou desprestígio o mérito do sentenciado, salvo, neste último caso, a má conduta denotada no curso do regime e sua persistência no sistema comum”.

Comentário

O presente comentário trata das condições em que se encontra aquele RDE⁽²⁾,

onde viola o direito dos presos. Antes, porém, convém expor brevemente sobre sua evolução, desde a criação até o momento atual, com vistas

a verificar a validade constitucional e legal de suas prescrições.

No nosso entender, a criação do RDE faz parte de um processo intencional direcionado a manter distante da execução penal o promotor, o defensor e o juiz. Como indicam as seguintes medidas:

a) criação do RDD por meio de resolução (SAP-26), depois convertida na Lei nº 10.792/2003, quando se restaurou a competência do juiz da execução, ou melhor, proibiu-se a inclusão no RDD sem decisão judicial e sem prévia manifestação do promotor e da defesa;

b) redução dos critérios subjetivos de avaliação para a progressão do regime ao boletim informativo produzido pela direção do estabelecimento, com o fim do parecer da Comissão Técnica de Classificação, ou, dito de outra forma, mesmo onde compete ao juiz da execução julgar, sua decisão estará sempre a depender de informações enviadas exclusivamente pela Administração;

c) manutenção de alguns presos em constante trânsito dentro do sistema, consequentemente tais presos não se fixam em uma comarca e não podem ter sua execução fiscalizada pelo Ministério Público e determinado o juiz competente para julgar a sua execução. A constante transferência tem sido utilizada como um meio sutil e perverso de punição. Muitos presos são transferidos quando estão pres-

tes a atingir o lapso temporal para pedido de benefícios.

d) falta de legislação local complementar à lei de execução penal, deixando o sistema penitenciário paulista à mercê de atos administrativos, que não seguem processo legislativo para sua produção e frequentemente carecem de sistematicidade.

A relação dos presos com o Estado caminha para uma regulamentação feita por meio de atos da Administração, em vez de normas gerais e abstratas (leis), temos regras específicas e concretas, editadas para solucionar problemas imediatos, à margem de qualquer controle legal e constitucional, como ocorre no procedimento legislativo. Os princípios e garantias, tais como da legalidade, reserva legal, taxatividade, devido processo legal e jurisdicionalidade⁽³⁾, foram mandados às favas.

Essa orientação de atuar à margem do sistema de garantias, como bem acentua Ferrajoli, é própria dos estados totalitários, pode-se falar “a propósito das instituições e dos ordenamentos concretos, de uma tendência ao Direito Penal mínimo ou de uma tendência ao Direito Penal máximo. Nos ordenamentos dos modernos Estados de direito, caracterizados pela diferenciação em vários níveis de normas, estas duas tendências opostas convivem entre si, caracterizando a primeira os níveis normativos superiores e, a outra, os níveis normativos inferiores, e dando lugar com sua separação a uma ineficiência tendencial dos primeiros e a uma ilegitimidade tendencial dos segundos”⁽⁴⁾. Caso exemplar dessas duas tendências apontadas por Ferrajoli é a edição da Resolução SAP-59, em que uma norma inferior (resolução) ilegitimamente ignora a existência de normas superiores (Constituição e LEP) tornando-as inaplicáveis à execução das penas.

A inclusão no RDD, até o advento da Lei nº 10.792/2003, constituía a punição extralegal mais severa que contava a Administração Penitenciária contra os presos tidos rebeldes. No entanto, desde que essa internação passou a ser regulada por lei e submetida à decisão judicial, a Administração perdeu parte de seu interesse por ela. Disposta a manter a execução penal longe do rigor da lei e afastar dela o controle jurisdicional, passou a Administração a enviar os presos ao RDE. Nem mesmo a resolução tem sido cumprida, dadas as tantas irregularidades praticadas na inclusão de presos nesse regime.

Numa primeira aproximação ao RDE poderíamos considerá-lo como um excesso na execução, por nele se infligir aos presos um rigor além dos limites permitidos pela Lei de Execução Penal. No entanto, da análise global de seus artigos, verifica-se que se trata mais bem de um presídio-punição, não previsto em lei,

No nosso entender, a criação do RDE faz parte de um processo intencional direcionado a manter distante da execução penal o promotor, o defensor e o juiz.

funcionando como uma via paralela ao sistema legal de punição. Alcança-se, com isso, uma acomodação de interesses, de um lado o Executivo mostra sua eficácia preventiva⁽⁵⁾, mantendo os presos vigiados e controlados, de outro, o Judiciário mantém-se distante da execução da pena, pois como recorda **Foucault** “*É indecoroso ser passível de punição, mas pouco glorioso punir. Daí esse duplo sistema de proteção que a justiça, estabeleceu entre e o castigo que ela impõe. A execução da pena vai-se tornando um setor autônomo, em que um mecanismo administrativo desonera a justiça, que se livra desse secreto mal-estar por um enterramento burocrático da pena*”⁽⁶⁾.

O caráter punitivo da internação do RDE fica evidente pelas remissões feitas no conjunto do texto. Prevê hipóteses de incidência, art. 2º; identifica o RDE como sanção, art. 7º e, inclusive, promete remissão da punição, art. 6º, VIII; detalha o regime de cumprimento, art. 6º; e prevê a duração da reprimenda, por no máximo 360 dias, art. 5º.

O art. 2º, ao arrolar as 5 hipóteses de inclusão no RDE, deixa claro que, exceto pela última hipótese, procura-se punir o preso, pelo mero perigo que ele venha a oferecer. Não se pune uma conduta lesiva, não se exige que o preso tenha provocado algum dano, mas tão somente que sua própria pessoa represente um perigo. Será, pois, o diretor quem dirá se o preso levou a efeito uma das hipóteses do art. 2º supracitado. As condutas dos incs. I, II, IV (primeira parte) e V têm sido consideradas pela administração como faltas disciplinares graves, ainda que só a última conste do rol do art. 50 da Lei de Execução Penal. As condutas descritas nos incs. III, IV (segunda parte) e V são as mesmas que levam o reeducando ao Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), descritas diferentemente na forma, mas iguais no conteúdo. Se é assim, forçoso dizer que quando a Administração não vislumbrar a possibilidade de enviar um preso para o RDD, pois corre-se o risco de a Justiça negar a internação, poderá enviar para o RDE. Se a hipótese, porém, for falta disciplinar grave, o preso receberá duas sanções: a prevista no art. 53, IV da LEP e a prevista na Resolução SAP-59. Pratica-se o *bis in idem*, pune-se duas vezes pela mesma transgressão: “*Nenhuma pessoa presa deve ser punida duas vezes pela mesma transgressão. Isso significa que se a transgressão — por exemplo, um ataque ou uma tentativa*

de fuga — for encaminhada a um tribunal externo, isso não deve se seguir a uma audiência disciplinar interna”⁽⁷⁾.

A quinta hipótese não obstante exigir, para a inclusão, que haja crime doloso que perturbe a ordem do estabelecimento, deixa uma pergunta no ar: o que mesmo perturba a ordem do estabelecimento? Essa é uma expressão tão aberta, que dentro dela cabe uma infinidade de condutas.

Este art. 2º está em evidente contradição com o princípio da lesividade, pois contempla situações não lesivas, dependentes de valoração subjetiva de parte da direção do presídio, a qual dirá, de moto próprio, se tal ou qual atitude do preso se enquadra em uma das hipóteses arroladas no artigo em questão; da legalidade, pois prevê a inclusão no RDE por atos de indisciplina, sem estar autorizada por lei a fazer essa previsão; e da taxatividade, ao descrever condutas imprecisas e indeterminadas.

O art. 3º trata da ocupação inicial. Esta será autorizada mediante lista simples elaborada pelo diretor, com a indicação da conduta em que incorreram os presos. Posteriormente o diretor fará uma petição fundamentada ao coordenador regional, que encaminhará ao secretário adjunto, para decisão final e inclusão.

Não há previsão de procedimento disciplinar para apuração da conduta do preso. A ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal não encontram reflexo na resolução, o que faz pensar que a inclusão ou terá como fundamento o resultado da sindicância para apuração de falta grave ou, somente as palavras do diretor.

O parágrafo único exige que, após a ocupação inicial, a inclusão será feita caso a caso, em petição fundamentada do diretor, mas não estipula prazo para o seu encaminhamento. Como ninguém pode permanecer por mais de 360 dias no RDE, pela norma do art. 5º, pode-se interpretar que a “ocupação inicial” pode durar até 360 dias, sem que haja petição e mesmo razão alguma para inclusão.

O art. 6º, *caput*, prescreve que serão observadas algumas regras para **assegurar os direitos dos presos** e, dentre as regras que arrola, está a proibição de visita íntima, inc. VI. Fica-se por entender como se assegura um direito, suspendendo-lhe o exercício. O direito ao contato íntimo é inerente à dignidade humana e constitui uma necessidade básica de qualquer pessoa adulta. É defeso ao administrador

negá-lo quando a lei e a sentença não o fizeram.

O Judiciário e o Ministério Público ficaram de fora do procedimento de inclusão, o Juízo da Execução será não mais que comunicado da inclusão, art. 9º, mas essa, formalmente poderá nem acontecer, pois o preso possivelmente permanecerá, como de fato ocorre em muitos casos, o tempo inteiro em regime de “ocupação inicial”.

O RDE é considerado uma sanção disciplinar, como informa o art. 7º da Resolução, mas não está claro de que sanção se trata. Nesse sentido, vale a lição de **Alberto Silva Franco** para o RDD: “*É indiscutível que o regime disciplinar diferenciado contém uma sanção. Tanto é exato que o art. 6º da Resolução SAP-026/2001 estatui que ‘o cumprimento do RDD exaure a sanção’. Mas qual é essa sanção? O texto é de evidente ambigüidade e não poderia ser de outra forma, posto que, se mencionasse a sanção clandestinamente estabelecida, estaria em total dessintonia com a Lei de Execução Penal que, no seu art. 53, enumera exaustivamente as sanções disciplinares admissíveis. É óbvio que a autoridade administrativa estadual, na área penitenciária, não teria condições legais de criar novas sanções disciplinares, o que a levou a utilizar-se de um estratagema malicioso e eticamente reprovável*”⁽⁸⁾.

Notas

- (1) A Resolução SAP 139/2005 o transferiu para o município de Americana.
- (2) Há um outro RDE em Avaré, cuja resolução tem o mesmo teor. Cf. **RODRIGUES, Anabela Miranda**. *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária*. São Paulo: RT, 2001, p. 22, nota 34: “(...) o processo de juridicalização da execução, ao envolver a introdução de uma jurisdição especializada para assegurar o seu controle, também contribui para afastar o Direito Penitenciário do Direito Administrativo”.
- (3) **FERRAJOLI, Luigi**. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 83.
- (4) Cf. **RODRIGUES, Anabela Miranda**. *Op. cit.*, p. 31.
- (5) **FOUCAULT, Michel**. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Trad. **Raquel Ramallete**. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 13.
- (6) **COYLE, Andrew**. *Administração Penitenciária: Uma Abordagem de Direitos Humanos — Manual para Servidores Penitenciários*. Londres, International Centre for Prison Studies — King’s College London, Ministério da Justiça do Brasil e Embaixada Britânica — Brasília, 2004, p. 97.
- (7) **FRANCO, Alberto Silva**. “Meia Ilegalidade”, **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 10, nº 123, fev. 2003, pp. 2-3.

José de Jesus Filho
 Advogado da Pastoral Carcerária

Tramita pela Câmara dos Deputados, projeto de lei, de iniciativa da Presidência da República, que, sob os auspícios de incluir o artigo 317-A no Código Penal (Decreto-lei nº 2.848/40), pretende fazer normadas as seguintes proposições⁽¹⁾:

“Enriquecimento ilícito

Art. 317-A. Possuir, manter ou adquirir, para si ou para outrem, o funcionário público, injustificadamente, bens ou valores de qualquer natureza, incompatíveis com sua renda ou com a evolução de seu patrimônio.

Pena - reclusão de três a oito anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas o funcionário público que, embora não figurando como proprietário ou possuidor dos bens ou valores nos registros próprios, deles faça uso, injustificadamente, de modo tal que permita atribuir-lhe sua efetiva posse ou propriedade.”

Consta da exposição de motivos que “a proposta é resultado do trabalho desenvolvido em cumprimento de uma das metas estabelecidas pela Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro - ENCLA”, além de constatar que “no Direito brasileiro, o enriquecimento ilícito é tipificado como mero ilícito civil, conforme se verifica na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 – Lei de Improbidade Administrativa”, bem como, afirmando que “no Direito estrangeiro, todavia, inclusive de países da América do Sul, já se tipificou criminalmente o enriquecimento ilícito”. Afirma, ainda, que instrumentos do Direito das Gentes (Convenção Interamericana Contra a Corrupção e das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2002 e 2005, respectivamente, já prevêm que os países signatários deverão adotar medidas tendentes a “tipificar como delito em sua legislação o aumento do patrimônio de um funcionário público que exceda de modo significativo sua renda legítima durante o exercício de suas funções e que não possa justificar razoavelmente e a adoção de medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o enriquecimento ilícito, ou seja, o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público relativo aos seus ingressos

legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele”. Fina a exposição, por afirmar que a norma que se busca tornar concreta servirá como “importante instrumento para o combate à corrupção e à impunidade no âmbito da Administração Pública”, não pressupondo “a demonstração de dano ao patrimônio público, configurando-se o crime tão-somente pela ocorrência de incremento patrimonial inexplicado”.

Em que pesem as auspiciosas intenções que exsurgem das razões expostas pelo Presidente da República, não nos convencemos da constitucionalidade do dispositivo, quer do *caput*, quer de seu único parágrafo.

Isso porque o conteúdo do projeto denota a tutela de bem jurídico de natureza

supra-individual, como o são aqueles aos quais se refere a tutela do consumidor, do meio ambiente, da economia popular e do sistema financeiro, entre outros, mas cujo caráter penal é acentuadamente simbólico, plasmando dispositivo muito pouco eficaz.

A orientação que vem motivando os atos da Presidência da República é toda no sentido da presunção, não da inocência como o quis o legislador constituinte, mas, e inversamente, do agir ilícito, como deflui dos dispositivos trazidos pelo Decreto presidencial nº 5.483/2005 que, sob o fito de regulamentar o artigo 13 da Lei de Improbidade Administrativa, “institui a sindicância patrimonial”, em cujo artigo 7º dispôs que é facultado à Administração Pública federal analisar “a evolução patrimonial do agente público, a fim de verificar a compatibilidade desta com os recursos e disponibilidades que compõem o seu patrimônio”, sendo que, constatada a “incompatibilidade patrimonial”, será instaurada sindicância patrimonial, não dotada de caráter punitivo (art. 9º, *caput*), a subsidiar a “conversão” em processo administrativo disciplinar ou ser arquivada (§ 3º).

Veja-se, que o artigo 13 da Lei de Improbidade já prevê a obrigatoriedade de todo agente público prestar, anualmente, informações detalhadas sobre sua evolução patrimonial, medida salutar, visto que destina-se a dar publicidade à atuação dos

agentes públicos, no que pertine aos seus ganhos habituais.

Obviamente que a proposição, que se deseja incluir no Código Penal, terá nítido caráter subsidiário em relação aos demais ilícitos praticados contra a Administração Pública, a servir sempre, nas palavras do saudoso Nelson Hungria, como “soldado de reserva”, a incidir sempre que não for possível a demonstração de ter o agente público agido ilicitamente no exercício, ou em razão da função.

As disposições constantes do pretendido tipo a ser previsto pelo artigo 317-A violam, frontalmente, princípios vários do Direito Penal Constitucional, a iniciar pela própria presunção, ou estado como alguns denominam, de inocência, visto que o tão-só fato de possuir bens ou valores incompatíveis com a renda ou evolução do patrimônio, já faz o funcionário público — e aqui limitada à incompleta redação do artigo 327 do Código Penal, inferior, como sabemos, à redação dada pela própria Lei de Improbidade, em seu artigo 2º, que usa a expressão mais abrangente “agente público” — incidir em graves sanções, visto que a resposta penal sancionatória inicia-se no elevado patamar de três anos de reclusão.

Há, no tipo pretendido, a utilização de elemento normativo, representado pela utilização do advérbio “injustificadamente”, a tornar a conduta lícita, por atipicidade, na situação inversa.

Percebe-se que o tipo penal é de significativa, e indesejada, abrangência, visto que qualquer aumento injustificado do patrimônio do funcionário público será suficiente à caracterização do tipo em estudo, sendo melhor que houvesse a eleição de *discrimen*, como por exemplo utilizando-se o adjetivo “significativo” para caracterizar o aumento, sob pena de, além de estar em desabrigo dos instrumentos internacionais que fundam a própria iniciativa presidencial, ser capaz de tipificar criminalidade de bagatela, violando, assim, os princípios da subsidiariedade e fragmentariedade, ínsitos ao Direito Penal.

Há, ainda, a desqualificar o tipo pretendido, sérias e graves lacunas de punibilidade, a lhe retirarem a eficácia pretendida, como por exemplo a ausência de especificação a respeito de ser possível a consideração de bens adquiridos imediatamente antes do exercício do cargo — e, por óbvio, sob a condição de seu exercício, ou seja, a famosa exploração de prestígio —, bem como aqueles bens adquiri-

A orientação que vem motivando os atos da Presidência da República é toda no sentido da presunção, não da inocência como o quis o legislador constituinte, mas, e inversamente, do agir ilícito, como deflui dos dispositivos trazidos pelo Decreto presidencial nº 5.483/2005


dos ao depois do término do exercício, visto que naturalmente poderão sê-lo com recursos advindos do seu mister.

Outra natural impropriedade do texto oferecido encontra-se na utilização da expressão “bens ou valores de qualquer natureza”, visto que, por ser conceito demasiadamente aberto, fere o princípio da legalidade, que é estrita em matéria penal, bem como os subprincípios da taxatividade e determinações típicas, de molde a caracterizar o tipo penal como *lex certa*. Melhor seria a substituição da expressão por “vantagem patrimonial indevida”, como consta da Lei de Improbidade Administrativa e do artigo 171 do Código Penal.

Peca o dispositivo, ainda, no que diz com a criação de lacunas de legalidade, ao não abarcar as situações em que o funcionário, em não aumentando seu patrimônio, diminua suas dívidas de forma injustificada, extinguindo-as ou apenas diminuindo seu passivo.

No que pertine ao pretendido parágrafo único, melhor sorte não sorri ao seu conteúdo, visto que recheado de impropérios, a começar pela menção a registro de posse e de valores — coisas inexistentes no cenário positivo nacional —, passando pela indesejada, mais uma, lacuna de legalidade, visto que o aludido enriquecimento ilícito não terá o condão de abranger os chamados “laranjas”, pessoas sem ligação com a Administração Pública, mas que ajam no afã de beneficiar-se indevidamente de suas atividades, fazendo-o por meio do funcionário ímprobo. Mereceriam, pois, idêntica sanção penal, tais pessoas.

É na parte final, contudo, que reside a maior inconstitucionalidade do texto proposto, visto que ao adotar a expressão “permita atribuir-lhe sua efetiva posse ou propriedade”, traz consigo presunção penal inadmissível em Direito Penal, baseada em meras suposições ou plausibilidade, a permitir o retorno da abolida responsabilização objetiva, em razão da constatação de simples resultado, sem que se identifique a conduta delituosa que o produz, em desacordo, portanto, com o Direito Penal do fato, eis que afastado os antigos dogmas que adotavam o Direito Penal do autor, que se baseava no apotegma *versari in re illicita*, datado da era medieva, em boa hora banida das legislações penais modernas.

Esses os apontamentos que pensamos ser relevantes, para que, somados aos pareceres dos doutos assessores dos parlamentares que analisarão o assunto, possam servir de subsídios na busca da melhoria da redação e aprimoração do texto, evitando-se que se tornem lei regras casuístas e inconstitucionais. 

Nota

(1) As idéias aqui desenvolvidas inspiram-se na palestra proferida pelo professor **Luis Régis Prado**, quando do *Seminário Internacional sobre Improbidade Administrativa*, realizado em Brasília, no início de outubro/2005, promovido pela Controladoria-Geral da União, da Presidência da República.

Jorge Cesar Silveira Baldassare Gonçalves
Advogado da União/DF e ex-advogado da Funap (Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo)

1º SEMINÁRIO DE ATUALIZAÇÃO DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO

“MODERNAS TENDÊNCIAS DO DIREITO PENAL E DA CRIMINOLOGIA”.

A Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão – AMPEM e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, realizarão no dia 3 de dezembro de 2005, o 1º Seminário de Atualização dos Membros do Ministério Público do Estado do Maranhão.

Palestrantes:

Emerson Garcia, Gladston Fernandes de Araújo,
Themis Maria Pacheco de Carvalho e Theodomiro Dias Neto.

Local:

Auditório das Promotorias da Capital, Av. Carlos Cunha, s/nº
Bairro Calhau - São Luís / Maranhão.

Informações / Inscrições: AMPEM

Tel.: (98) 3233 6657 ou (98) 3226 5030

Email: ampem@elo.com.br - <http://www.ampem.com.br/>

Inscrições gratuitas para os membros do Ministério Público Estadual e associados do IBCCRIM. Para os demais participantes será cobrada uma taxa de R\$ 20,00 (estudantes) ou R\$ 30,00 (profissionais).



IBCCRIM

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

DIRETORIA DA GESTÃO 2005/2006

COORDENADORES ESTADUAIS:

- **ACRE** - Maria de Salette da 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)
- Fabiolla 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)
- **PARAÍBA** - 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, propôr e divulgar cursos, enviar artigos e se informar.
Participe!

A INCONSTITUCIONALIDADE DE MEDIDA PROVISÓRIA EM MATÉRIA PENAL - A ATIPICIDADE DO ART. 12 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO

Míriam Figueiredo da Silveira

Míriam Figueiredo da Silveira

Em novembro de 2003 foi promulgada a Lei nº 10.826, que em seu bojo, mais precisamente no art. 12, criminalizou a conduta de possuir irregularmente arma de fogo de uso permitido. No entanto, nos arts. 30 e 32 da mesma lei, foi regulamentado um prazo de 180 dias de atipicidade para aquela conduta, ou seja, 180 dias após a promulgação do Estatuto do Desarmamento, quem possuir arma de fogo de não estará cometendo um crime.

Mas por uma infelicidade, foram promulgadas as Medidas Provisórias nºs 174, 229 e 253, que prorrogaram esse prazo até 23 de outubro de 2005. Por um lado, até podemos considerar tais medidas como eficientes, ante a Campanha do Desarmamento, que busca o desarmamento da população e com tais prorrogações, as pessoas tem um prazo maior para entregarem suas armas.

Entretanto, como passarei a expor, medidas provisórias, a partir da edição da Emenda Constitucional nº 32/2001, não podem regular matéria penal e processual penal, vez que, principalmente, fere disposição expressa do art. 62, 1º, I, b, da Constituição da República, *in verbis*:

“Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a Direito Penal, Processual Penal e Processual Civil.”

Podemos inferir da análise do dispositivo retro, que as medidas provisórias que regulam matéria penal e processual penal são inconstitucionais em dois pontos:

A um, porque a edição de medidas provisórias pelo Executivo demonstra a invasão deste poder em matéria reservada pela Constituição da República a outro poder, qual seja, o Legislativo, ferindo, portanto, o princípio da Separação dos Poderes. Segundo **Claus Roxin**, *“o princípio constitucional da divisão de poderes*

exige que apenas o legislador, como representante direto da vontade popular, decida acerca da punibilidade de uma conduta”⁽¹⁾.

“Ora, se o legislador constituinte entende indelegáveis essas matérias pelo Poder Legislativo ao Poder Executivo, lógica e coerentemente, não seria cabível manter a possibilidade de o presidente da República, unilateralmente por medidas provisórias, discipliná-las”⁽²⁾.

No mesmo sentido, **Celso de Mello Filho**, *“a privação, mesmo cautelar, da liberdade individual, a tipificação de novas entidades delituosas e a cominação de penas não podem constituir objeto de medidas provisórias, em face, até, da irreversibilidade das situações geradas por essa espécie normativa”*⁽³⁾.

A dois, porque existem dois pressupostos para a emissão de uma medida provisória, são elas a relevância e a urgência. Quanto à relevância não há o que se discutir, pois ele é requisito característico da matéria penal. No entanto, a urgência não condiz com o Direito Penal. *“Se através desta disciplina se determina a imposição de uma pena, se estão em jogo direitos e liberdades que precisam ser salvaguardadas diante do próprio Poder Executivo, não se compreenderia que razões de urgência pudessem desguarnecer o cidadão de suas garantias (...)”*⁽⁴⁾

Se não bastassem tais argumentos, a edição de medida provisória nesta seara fere gravemente um princípio do direito penal, qual seja, o princípio da legalidade ou da reserva legal, inscrito no art. 1º do Código Penal e salvaguardado constitucionalmente no art. 5º, XXXIX da Constituição da República. Segundo ele, somente a lei pode disciplinar tais matérias.

Os contrários a esse entendimento argumentam ainda que, a vedação constitucional de medida provisória nesse campo somente abarca as normas incriminadoras, que não beneficiam o réu. No entanto, segundo os critérios de interpretação

e o princípio da intervenção efetiva trazido por **Canotilho**, *“a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”*⁽⁵⁾.

Se o legislador constitucional não distinguiu a vedação, se em norma incriminadora ou não, não cabe ao intérprete distinguir.

As Medidas Provisórias nºs 174 e 229 já foram convertidas, respectivamente, nas Leis nºs 10.884 de 2004 e 11.118 de 2005. No entanto, *“o fato do Congresso Nacional vir a ratificar, com ou sem emendas, uma medida provisória, de caráter penal, não legitimaria a competência do Poder Executivo para normatizar a matéria”*⁽⁶⁾.

Ante todo o exposto é forçoso concluir que as medidas provisórias que prorrogaram o prazo de atipicidade do art. 12 da Lei nº 10.826/2003, a par de sua importância, são inconstitucionais. ●

Notas

- (1) In: **FRANCO, Alberto Silva** e outros. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, Parte Geral, 6ª ed., revista e ampliada, p. 49.
- (2) **MORAES, Alexandre de**. *Direito Constitucional*, 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 561.
- (3) **MELLO FILHO, Celso de**. *Medidas Provisórias*. In: **MORAES, Alexandre de**. *Direito Constitucional*, 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 562.
- (4) **FRANCO, Alberto Silva** e outros. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, Parte Geral, 6ª ed., revista e ampliada, p. 49.
- (5) In: **JESUS, Damásio de**. “Estatuto do Desarmamento: Medida provisória pode adiar o início de vigência de norma penal incriminadora?”, São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, maio de 2004. Disponível em: <www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm>.
- (6) **FRANCO, Alberto Silva** e outros. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, Parte Geral, 6ª ed., revista e ampliada, p. 49.

Míriam Figueiredo da Silveira

Estudante do 8º período da Universidade Federal de Viçosa e estagiária do Ministério Público de Minas Gerais

LABORATÓRIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Estão abertas, até 3 de março p.f., na sede do IBCCRIM, as inscrições para o processo seletivo do **Laboratório de Ciências Criminais 2006**, atividade oferecida pelo IBCCRIM aos estudantes do 3º ao 5º ano das faculdades de Direito.

Ao longo do curso, serão abordadas questões de Direito Penal, Processual Penal, Criminologia e Política Criminal, com discussão dos grandes temas das Ciências Criminais.

Mais informações no site <http://www.ibccrim.org.br>, no Depto. de Marketing do IBCCRIM, ou pelo telefone (11) 3105-4607, ramal 124.

PROCESSO PENAL DE EMERGÊNCIA TUPINIQUIM

José Procópio da Silva de Souza Dias

A tensão dialética entre “as garantias individuais constitucionalmente contempladas” e a “prevenção e repressão das ações praticadas por organizações criminosas” não é nova, nem sou o primeiro a escrever sobre o assunto, mas pontuo que tal tensão está tomando dimensões inéditas. Como procurador do Estado, atuando no âmbito da assistência judiciária, já que o Estado de São Paulo persiste em mora no que toca à criação da Defensoria Pública, recebi a nomeação para patrocinar a defesa de um indivíduo acusado de crime de repercussão, processo do Júri, feito desaforado desde o interior para a Comarca da Capital. Passei então a estudar aquele calhamaço de onze volumes e desde logo me deparei com o primeiro esforço de apuração do crime: quebra do sigilo das ligações efetuadas por toda a cidade. Isto mesmo, quebra de sigilo genérica.

Às tantas me deparei com um apenso: trata-se de um pedido do MP para que se instale um **equipamento de escuta ambiental**, pleito fundado na Lei nº 9.034/95. Para quê? Para **monitoramento e gravação de conversas entre apontado membro de facção criminosa e seus advogados**. E aonde se daria a inusitada instalação? No **parlatório privativo dos advogados de determinada Penitenciária do Estado**. Tal pleito foi deferido por magistrado e de março de 2003 até, pelo menos, julho do mesmo ano o *Parquet* gravou, sem controle judicial do conteúdo, as conversas de **pessoa, que sequer réu ou indiciado no processo era**, com seus advogados e sabe-se lá mais quantas entrevistas “reservadas” de outros advogados com seus clientes ali custodiados.

Aqui importa anotar que, na representação que viabilizou tal gravação, o MP não apontou um advogado específico como pertencente ou suspeito de pertencer à mencionada organização criminosa. Não. Aqui se tratava de ficar gravando as entrevistas no parlatório para que o advogado, exercendo sua legítima função, recebesse do preso alguma informação sobre o crime, forçadamente compartilhada com o acusador que a tudo ouvia.

Diante disso, como fica a garantia constitucional do direito ao silêncio (5º, LXIII da CF), se o Estado pode privar o preso de se entrevistar reservadamente com o advogado, sem alertá-lo do devassar da entrevista? E o art. 133 da Carta, ao dispor ser o advogado inviolável no exercício da sua profissão, inviolabilidade que, conquanto não esteja consignada no art. 5º da CF, encerra também direito e garantia individual do cida-

ção e não só do advogado? E o art. 7º, III, do EOAB, ao estabelecer ser direito do advogado comunicar-se com seus clientes, pessoal e **reservadamente**, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis, militares, ainda que considerados incomunicáveis?

Ora, se para produzir prova de autoria de um fato o MP pudesse se imiscuir no âmago da relação advogado-imputado, a própria Advocacia perderia razão de existir. Se assim fosse, nada obstaría que se instalasse instrumento de gravação ambiental no parlatório privativo dos fóruns, nos escritórios de Advocacia e então, gravada a confissão feita pelo réu ao seu constituinte/defensor, talvez fosse desnecessário o próprio processo.

Argumentarão que o caso a que me refiro, pela sua repercussão, comportava medidas excepcionais, dentro de um critério de proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade não se presta a justificar o uso do engodo, do embuste, a atuação subreptícia do Estado acusador, mesmo que legitimada por decisão judicial. Não se presta a justificar a afronta às garantias mais básicas da cidadania. Segundo **Scarance Fernandes** (*Processo Penal Constitucional*, 4ª ed., p. 60), “o risco de subjetivismo na análise dos princípios em conflito deve ser superado exatamente pela fixação de critérios de prevalência, a serem construídos pela jurisprudência e pela doutrina”. Vai, então, aqui a minha sugestão de alguns critérios:

a) gravação ambiental, de entrevista de advogado com o preso no parlatório, não é possível em nenhuma hipótese. Mesmo se houver indícios de que o advogado participa de organização criminosa, impõe-se a demonstração do fato por outra via (o que é perfeitamente possível), uma vez que o interesse social no desmantelamento da suposta organização criminosa cede espaço a um bem jurídico maior, a dignidade da pessoa humana encarcerada, que se materializa também pela inviolabilidade de sua comunicação com o advogado;

b) grampear telefone de advogado também não é lícito. Nem gravação ambiental em escritório de Advocacia. O advogado, na verdade, materializa núcleo irredutível de resistência contra o arbítrio: “grampeado” o advogado, viola-se a vida privada, vulnera-se a intimidade, não há direito ao silêncio, sucumbe o Estado Democrático de Direito. ●

José Procópio da Silva de Souza Dias

Procurador do Estado e mestrando pela PUC

José Procópio da Silva de Souza Dias

Entidades que assinam o Boletim:

- **AMAZONAS**
 - Ministério Público do Amazonas
- **CEARÁ**
 - Associação Cearense de Magistrados
- **DISTRITO FEDERAL**
 - Associação dos Juizes Federais do Brasil - Ajufe
 - 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

Apoio:



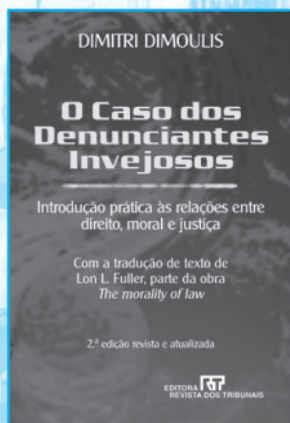
PROCESSO PENAL DE EMERGÊNCIA TUPINIQUIM

CADASTRE-SE NOS INFORMATIVOS DO SITE!

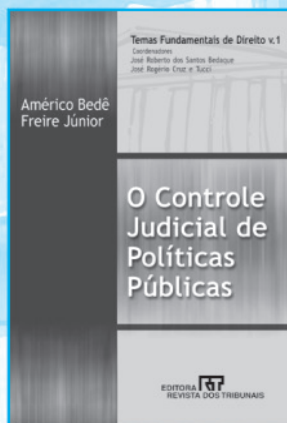
Para receber semanalmente o *Informativo* do nosso site, com as principais notícias veiculadas na semana, e quinzenalmente o *Informativo* da nossa Biblioteca, contendo as últimas revistas e os últimos livros adquiridos pelo **IBCCRIM**, basta cadastrar o seu e-mail na página inicial do site: www.ibccrim.org.br

Editora Revista dos Tribunais

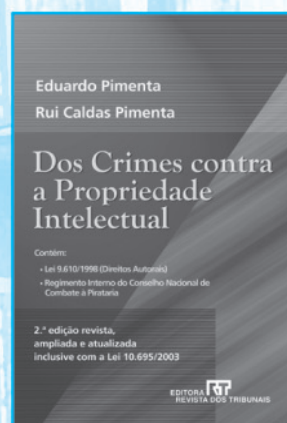
Lançamentos



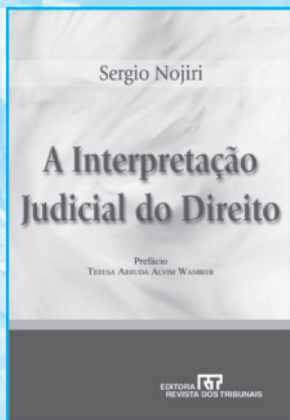
**94 páginas
brochura**



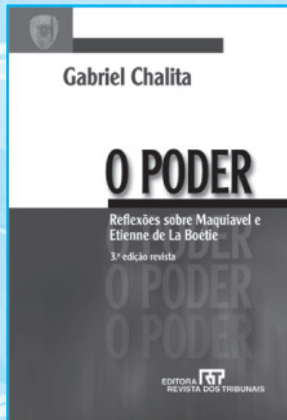
**140 páginas
brochura**



**382 páginas
brochura**



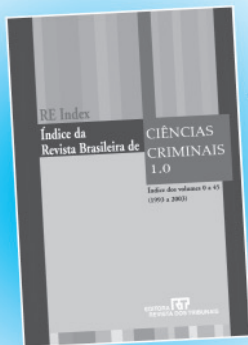
**214 páginas
brochura**



**134 páginas
brochura**



**272 páginas
brochura**



RBCCRIM 2006

Faça já sua assinatura

Periodicidade: bimestral

Volumes: 58 a 63

Publicação oficial do IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Não perca tempo: os descontos são maiores agora! Ligue 0800 702 2433

**livraria
RT**

www.livrariart.com.br

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

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS
www.rt.com.br