

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

IBCCCRIM

EDITORIAL:

A QUESTÃO DA CORRUPÇÃO

Ao longo de aproximadamente quinze anos de existência o **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais** busca, com insistência, fomentar a pesquisa, o estudo do Direito e a difusão das ciências criminais. Sempre se conduziu no sentido de melhor conhecer, para melhor transmitir aos operadores do Direito a bioética, o biodireito, a criminologia e tantos outros ramos ligados às ciências criminais. Também é um defensor e difusor do Estado Democrático de Direito e dos princípios constitucionais. Seus editoriais abordam temas atuais ligados à defesa da igualdade e da humanização do Direito Penal.

Neste Editorial, porém, o **IBCCCRIM** irá abordar a questão da corrupção, que interessa à sociedade como um todo e ao cidadão, em particular. A tripartição de poderes, idealizada por **Montesquieu** e adotada por quase todos os países democráticos em suas constituições, exige que os integrantes do Executivo, Legislativo e Judiciário guardem independência e harmonia entre si, mas pressupõe que todos tenham a ética e a moral como atributos e o cidadão como um fim a alcançar. O mesmo **Montesquieu** também admitiu ser *“uma experiência eterna a de que todo homem que tem poder é levado a abusar dele; ele vai até que encontre limites”*, razão pela qual preconizava no sentido de que *“aquele que faz as leis não as execute nem julgue; que o que julga não faça as leis nem as execute e que aquele que as executa não faça as leis nem julgue”* (*De l'Esprit des Lois*. Paris: Garnier Frères Libraires Editeurs, 1869, pp. 142-143).

Quando, no entanto, o Estado passa a ser um fim em si mesmo, a harmonia converte-se em desorganização e a independência cede lugar ao conchavo.

Esse o quadro que se apresenta atualmente: o Judiciário com mais processos do que o direito de cidadania permite, sem condições de vencer a carga de trabalho; o Legislativo destituído do seu poder de legislar, refém das medidas provisórias e desviado de seu objetivo precípuo, para investigar atos de corrupção que corrói seu próprio tecido, e o Executivo em estado de anomia, perplexidade, medo e suspeita (ou quase certeza) de que também alguns de seus integrantes faça parte da rede montada em desfavor do povo, visando alguns locupletar-se o mais rapidamente possível ou eternizar-se em cargos públicos.

O incessante noticiário da imprensa é aterrozante e já não permite que se tenha uma visão clara do futuro próximo ou, até mesmo,

do dia seguinte. O nível de corrupção na República ganhou dimensão inimaginável. Já em 1988 **Fernando Pedreira** dizia que *“a corrupção na Nova República, deixou de ser marginal, periférica, para tornar-se central, medular”* (*“O Camundongo”*, *O Estado de S. Paulo*, 24.04.88).

O momento, portanto, não é de passividade. Impõe-se investigar com maior objetividade e rapidez e menos *flashes*, câmeras, entrevistas e antecipação para a imprensa dos passos seguintes. A tarefa entregue às Comissões Parlamentares é de grande importância, pois do resultado das investigações dependem a governabilidade e o futuro do País. Mas esse momento também deve ser de responsabilidade, respeito ao direito de defesa dos suspeitos ou indiciados e comedimento, não se permitindo perseguições políticas, acusações infundadas e fios de suspeita para favorecer pessoas ou partidos em detrimento de outros. Ninguém deve tentar beneficiar-se da situação, sob pena de colocar a democracia em risco. Não se há de deslembra de que em um Estado Democrático de Direito vigora a *“rule of law, not of men”*, ou seja, vigora a regra da lei e não a do homem.

Há, atualmente, em nosso país um entrelaçamento de leis e uma forte e incindível interação entre as esferas penal, civil e administrativa, não obstante a sua relativa independência. O Direito Público, máximo no plano repressivo, por força dos princípios estabelecidos em leis, que permeiam e norteiam a Administração Pública, mas derivados da Constituição Federal que é o seu tegumento principal, tende a unificar-se para atender a uma realidade atual e a uma necessidade fundamental: o combate à corrupção, que, como visto, alcançou níveis insuportáveis e vexatórios, e ao estabelecimento da moralidade e do respeito no trato da coisa pública.

Há, pois, um forte entrelaçamento entre as disposições legais e acentuada tendência de superar aquela independência a que se refere o art. 935 do Código Civil. Há, cada vez mais, uma interdependência entre esses institutos, nascendo questões prejudiciais a serem consideradas, com cada um deles sendo pressuposto dos outros.

Nossa estrutura legislativa está aparelhada de leis eficientes que, se aplicadas, poderão fazer retornar a níveis suportáveis a corrupção que assola o País e que vem sendo instituída, no âmbito dos agentes políticos e agentes públicos, de cima para baixo, atingindo, ainda, um movimento pendular perigoso, na medida ou

Editorial

Índice

EDITORIAL:	
A QUESTÃO DA CORRUPÇÃO	1
PROTAGONISMO CARCERÁRIO	2
Alex Victor da Silva	
A IRRETROATIVIDADE DA SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PREVISTA NO PARÁGRAFO PRIMEIRO DA LEI Nº 10.684/03 POR SER PREJUDICIAL AO ACUSADO	4
Dêlio Lins e Silva Júnior	
O INTERROGATÓRIO ON-LINE NO PROCESSO PENAL: ENTRE A ASSEPSIA JUDICIÁRIA E O SEXO VIRTUAL	6
Aury Lopes Jr.	
LEI Nº 4.554 DE 02/06/05 - MAIS UMA ABERRAÇÃO JURÍDICA NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA	8
Denis Sampaio	
OPINIÃO SOBRE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL (CPI - ASSUNTO MOMENTOSO)	9
Paulo Cláudio Tovo	
AS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO E O DIREITO CONSTITUCIONAL AO SILÊNCIO	10
Adalberto Robert Alves	
A TORTURA NO INTERROGATÓRIO EXTRAJUDICIAL: ATÉ QUANDO?	11
Warley Belo	
ESTATUTO DO DESARMAMENTO E AS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELAS GUARDAS MUNICIPAIS - ASPECTOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS	12
Paulo Tadeu Rodrigues Rosa	
COM A PALAVRA, O ESTUDANTE: LIMITE MÁXIMO DA PRISÃO PROVISÓRIA E PENA EM PERSPECTIVA	13
Fernando Vernice dos Anjos	
DIREITO PENAL SIMBÓLICO	14
Eduardo Luiz Santos Cabette	
A CRISE DO SUPREMO BRASILEIRO - ASPECTOS DA CRIMINALIDADE INFANTO-JUVENIL	16
Domingos Barroso da Costa	
PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO FORMULADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO PELO JUIZ	18
Ronaldo Batista Pinto	
JULGANDO OS JUÍZES	19
Vladimir Passos de Freitas	
Caderno de Jurisprudência	
V. DIREITO POR QUEM O FAZ:	
1. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PELO MPF. PRETENSÃO DE VEDAR O APELO EM LIBERDADE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE.	
2. PEDIDO DE “SIGILO TOTAL” DO PROCEDIMENTO, SEM CITAÇÃO DOS IMPETRADOS. AFRONTA AO PRINCÍPIO DO LIVRE ACESSO AOS AUTOS. LIMINAR INDEFERIDA.	
Cecília Mello	921
V. DIREITO POR QUEM O FAZ:	
SUBMISSÃO A CONDIÇÕES INDIGNAS NA PRISÃO: DIREITO À INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL	
F. V. de Andrade Neto	922
V. DIREITO POR QUEM O FAZ:	
MEDIDA DE INTERNAÇÃO A MENOR INFRATOR EXIGE PREVISÃO NO ART. 122 DO ECA	
Nilson Neves	924
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	925
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	926
TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS	927
TRIBUNAIS DE JUSTIÇA	928

proporção de sua capacidade de alcance. A LC nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) **estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e tem natureza administrativa-contábil.**

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) prevê sanções de natureza política, administrativa e civil, através da Ação Civil de Improbidade Administrativa, com rito especial e próprio, sem prejuízo da ação do Ministério Público para anular atos da Administração, coibir infrações à ordem pública e à economia popular e responsabilizar civilmente através da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) ou da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), proposta por qualquer cidadão.

O Código Penal (arts. 359-A a 359-H) prevê crimes contra as finanças públicas praticados por qualquer autoridade em cargos da Administração Pública direta,

indireta ou fundacional. Também os arts. 312 a 327 deste Código estabelece os crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral. O DL nº 201/67 estabelece a responsabilidade penal dos prefeitos. A Lei de Licitação (Lei nº 8.666/93) prevê sanção criminal ao agente público com atribuição para autorizar ou dispensar a abertura de licitação. A Lei nº 10.028/2000 disciplina as infrações administrativas às leis de finanças públicas e estabelece pena de multa a ser imposta pelo Tribunal de Contas. Finalmente, a Lei nº 1.079/50, que define os crimes de responsabilidade e estabelece o procedimento para o afastamento do Presidente da República e a responsabilidade de autoridades dos três Poderes.

A previsão das diversas sanções acima enumeradas foi pulverizada em leis distintas e de naturezas diversas, enquanto estas mesmas sanções estão previstas, de

forma concentrada, no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, confirmando que o poder sancionador do Estado deriva de um tronco comum. Toda essa malha legislativa comporta, em alguns casos, aplicação cumulativa, sem que se possa argüir *bis in idem*. Ainda assim, a corrupção em nosso país enraizou-se e alcançou foros de verdadeiro *status* ostentado pelos ímprobos que não souberam respeitar quem lhes outorgou direito de representação. Mas calha a advertência do pensador: *“Administração é máquina. Se em máquina perfeita introduzimos aço num extremo, no outro extremo sairão automóveis. Não haverá lugar para falhas técnicas, erros de medida, descuidos humanos. E numa perfeita administração, onde o homem representa o papel dum dente de engrenagem, coisas como a preguiça, a desonestidade ou a injustiça não podem prevalecer”* (Antoine Saint-Exupéry, *Piloto de Guerra*, p. 59). ●

Editorial

PROTAGONISMO CARCERÁRIO

Alex Victor da Silva

Muito tem se falado a respeito de protagonismo social, protagonismo juvenil e outras formas de participação ativa. Mas, por outro lado, pouco se ouve falar sobre “protagonismo carcerário”. Agora, essa “novidade” começa a ser divulgada pela mídia e a consolidar-se como uma realidade incontestável.

Realmente, não há como negar que a “ação” desenvolvida por uma parcela da população carcerária brasileira tem chamado a atenção de autoridades nacionais e internacionais, bem como da sociedade civil, não propriamente pela maneira exemplar como se comportam esses reclusos, mas sim pela perplexidade que tal “atuação” causa. Isso porque até bem pouco tempo atrás era inconcebível a idéia de que um condenado pudesse cooperar com a execução da pena que lhe foi imposta.

Os tempos mudaram, felizmente. Basta uma visita a qualquer um dos Centros de Ressocialização — CRs (já existem 21 no Estado de São Paulo) para se constatar que nestes locais quase tudo é feito pelos recuperandos (termo empregado para designar os que ali cumprem pena), sob a supervisão de alguns poucos funcionários do Estado e de organizações não-governamentais (ONGs) que atuam em parceria.

De fato, atividades como o plantio de hortaliças, a limpeza e a conservação das

instalações, e o preparo das refeições, entre outras, são desenvolvidas com muita competência e boa-vontade por esses “agentes”. Assim, todos os recuperandos desempenham algum “papel” importante na “comunidade carcerária” em que, por imposição da Justiça Pública, têm que conviver (por maior ou menor lapso temporal, conforme o tempo de duração da pena que, evidentemente, varia de acordo com o tipo de crime cometido e com as circunstâncias de cada caso).

Esses recuperandos compõem o que se pode chamar de “sistema prisional alternativo”, que não é tão novo nem tão desconhecido assim.

Em 1972, na cidade de São José dos Campos (SP), um grupo de voluntários cristãos, sob a liderança do advogado **Mário Ottoboni**, passou a freqüentar o presídio da Humaitá para evangelizar e dar apoio moral aos presos. No começo tudo era empírico e objetivava tão-somente resolver o problema daquela Comarca, cuja população vivia sobressaltada com as constantes rebeliões, fugas e ações violentas verificadas no estabelecimento prisional. O grupo não tinha parâmetros nem modelos a serem seguidos; muito menos, experiência com o mundo do crime, das drogas e das prisões. Mesmo assim, pacientemente, foram sendo vencidas as barreiras que surgiam no caminho.

Dois anos depois, buscando superar os

obstáculos que comprometiam tão importante trabalho, aquele grupo fundou a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados — APAC (entidade jurídica — sem fins lucrativos — que tem como objetivo auxiliar o Estado na recuperação de condenados à pena privativa de liberdade, coadjuvando na proteção da sociedade e na realização da Justiça). Nessa empreitada, o apoio do então juiz da Vara das Execuções Criminais (VEC) daquela Comarca, dr. **Silvio Marques Neto**, hoje desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, foi fundamental.

Posteriormente, o projeto inicial foi aperfeiçoado pelo atual secretário da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, **Nagashi Furukawa**, que (após tê-lo implementado com sucesso na Comarca de Bragança Paulista, quando era juiz corregedor) fez despertar no governador **Mário Covas** o desejo de reproduzir tais experiências em todo o Estado.

Hoje esse sistema é referência nacional e mundial. No Brasil já é utilizado em mais de 150 Comarcas; no Exterior, a experiência nascida aqui é aplicada nos Estados Unidos, Alemanha, Inglaterra, Suécia, Escócia, Argentina, Peru, Colômbia, Costa Rica, Chile, Panamá, Porto Rico, Equador, Bolívia, Nova Zelândia, Irlanda do Norte, Coréia do Sul e Filipinas.

Além do custo reduzido (cerca de 40%

Alex Victor da Silva

menor que o “sistema tradicional”), esse sistema de administração compartilha da tem o menor índice de reincidência no mundo inteiro: em torno de 5%, conforme relatório da empresa Byron Johnson, dos Estados Unidos. No “sistema comum” esse indicador salta para 85%, fato que evidencia a gritante contradição entre os dois sistemas: num, gasta-se mais e recupera-se menos; no outro, acontece o inverso.

É importante citar que a metodologia de recuperação utilizada nesses centros baseia-se quase que exclusivamente na autodisciplina dos recuperandos. Tal posicionamento propiciou o surgimento de um “fenômeno” que denominamos protagonismo carcerário.

Mas o que é, de fato, protagonismo carcerário? É um processo de recuperação de condenados à pena privativa de liberdade, no qual o recuperando realiza ações de intervenção em seu “contexto social” (sociedade prisional), demonstrando que está disposto a participar, a colaborar, a encarar desafios e a mostrar que não está acomodado, como é comum que as pessoas pensem; é, em resumo, o método de recuperação no qual o recuperando é o protagonista (de *protagonistês*, palavra de origem grega, formada por *prôtos*, que significa o primeiro, o principal, e *agonistês*, que significa o lutador).

Dentro desse contexto, o recuperando é o lutador principal; é o ator que desempenha o papel mais importante; é, enfim, a pessoa que ocupa o primeiro lugar num acontecimento: sua própria recuperação.

Mas engana-se quem pensa que o recuperando, como ator principal que realmente é, participa apenas de ações que só dizem respeito a si mesmo. Muito pelo contrário. É por meio da conquista do bem comum que o protagonista carcerário cria oportunidades que certamente influenciarão de maneira decisiva nos níveis de autonomia e de autodeterminação que será capaz de alcançar na vida profissional e cívica, quando reconquistar o direito de ir e vir livremente.

Nessa visão, a noção de protagonismo carcerário não possui nenhum viés individualista, conquanto possa eventualmente servir como instrumento de individualização na fase executória da pena.

No protagonismo carcerário a palavra de ordem é: ação. E esta ação é exteriorizada principalmente por meio da educação e do trabalho; mas há a opção livre do recuperando em todas as fases do processo: planejamento, execução e avaliação.

Dessa forma, o recuperando deixa de ser um simples “espectador” e passa a ser

concebido como fonte de iniciativa, que é ação; como fonte de autonomia, que é opção; e como fonte de compromisso, que é responsabilidade.

Essa nova perspectiva desenvolve no recuperando uma atitude de apreço por si mesmo (auto-estima) e de responsabilidade individual e social, com respeito à sua família, ao próximo e à sociedade; além disso, faz crescer no recuperando não só a vontade, mas a capacidade de viver respeitando as leis e de sustentar-se com o produto de seu trabalho; enfim, viabiliza a assimilação de valores positivos pelo recuperando, a resolução de possíveis conflitos que venha a enfrentar no futuro e seu engajamento no processo de construção de um mundo mais justo e solidário. 

Bibliografia

- D'URSO, Luiz Flávio Borges.** “Uma nova Filosofia para Tratamento do Preso: APAC - Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, Presídio Humaitá, São José dos Campos (SP)”, *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 84, n° 716, jun/1995, pp. 544-8.
- FBAC - Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados e APAC - Associação de Proteção e Assistência aos Condenados.** *Web Site* oficial: <<http://www.geocities.com/fbacapac>> Acesso em: 28 jul. 2005.
- OTTOBONI, Mário.** *Ninguém é Irrecuperável*, 2ª ed., São Paulo: Cidade Nova, 2001.
- _____. *Vamos Matar o Criminoso?* São Paulo: Paulinas, 2002.
- PFI - Prison Fellow Ship International, Centre for Justice & Reconciliation.** *Communities of Restoration (APAC)*. Disponível em: <<http://www.pficr.org/programs/apac>> Acesso em: 28 jul. 2005.
- SAP/SP - Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo.** *Realizações: Inovações no Sistema Prisional com a criação dos CRs*. Apresentação: Uma atitude para mudar o sistema prisional. Arquivo para *download*. Disponível em: <<http://www.sap.sp.gov.br>> Acesso em: 28 jul. 2005.
- SOUZA, Moacyr Benedito de.** “Participação da comunidade no tratamento do delinqüente: APAC - uma experiência vitoriosa”, *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 73, n° 583, maio/1984, pp. 303-311.
- XIMENES, Lígia.** “APAC, o modelo que funciona”, *Diálogos & Debates*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, ano 3, n° 2, Edição n° 10, Dez/2002, pp. 52-55.

Alex Victor da Silva

Recuperando do Centro de Ressocialização “Prefeito João Missaglia” de Mogi Mirim (SP), é autodidata em Direito e se dedica, especialmente, ao estudo das questões penitenciárias e penais, bem como ao trabalho de fomentar e divulgar o protagonismo carcerário



IBCCRIM

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

DIRETORIA DA GESTÃO 2005/2006

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE:

Maurício Zanoide de Moraes

1ª VICE-PRESIDENTE:

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

2ª VICE-PRESIDENTE:

Sérgio Mazina Martins

1ª SECRETÁRIA:

Tatiana Viggiani Bicudo

2ª SECRETÁRIO:

Theodomiro Dias Neto

1º TESOUREIRO:

Roberto Mauricio 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:

Marta Cristina Cury Saad Gimenes

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.

A IRRETROATIVIDADE DA SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PREVISTA NO PARÁGRAFO PRIMEIRO DA LEI Nº 10.684/03 POR SER PREJUDICIAL AO ACUSADO

Délio Lins e Silva Júnior

Délio Lins e Silva Júnior

A IRRETROATIVIDADE DA SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PREVISTA NO § 1º DA LEI Nº 10.684/03...

A questão da extinção/suspensão da punibilidade pelo pagamento/parcelamento de débitos provenientes de tributos é tormentosa e já foi regida pelo pálio do artigo 34 da Lei nº 9.249/95, além das Leis nºs 9.983/00 e 9.964/00. Todas elas traziam a exigência temporal “antes do recebimento da denúncia” para que surtisse seus efeitos.

Pois bem. Em mais uma tentativa de regular tão discutida matéria, veio à lume a Lei nº 10.684, de 2003, criando o que a professora **Heloísa Estellita** tem chamado de “Refis II”⁽¹⁾, garantindo em seu artigo 9º a extinção e a suspensão da pretensão punitiva em qualquer fase do processo desde que haja, respectivamente, o pagamento integral do débito objeto da denúncia ou ao menos seu parcelamento.

Embora pactuemos desde a promulgação da Lei nº 10.684/03 com o entendimento esposado pela mencionada professora, pelo qual se aplica o referido diploma legal a todo e qualquer crime tributário, desde que haja o efetivo pagamento/parcelamento dos débitos que ensejaram o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, o Superior Tribunal de Justiça, em momento inicial, considerando as razões dos vetos do artigo 5º, § 2º, e do artigo 7º, da Lei nº 10.666/2003, entendia não ser cabível a extinção/suspensão da punibilidade prevista no artigo 9º, *caput*, da Lei nº 10.684/2003, ao regime de parcelamento de contribuições previdenciárias⁽²⁾. Este entendimento, porém, após a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal ter firmado seu posicionamento pelo qual se aplica a lei aqui sob análise a todo e qualquer crime tributário, sendo o fator preponderante apenas a ocorrência do pagamento integral, ou ao menos o parcelamento do débito objeto da ação penal então em curso⁽³⁾, felizmente, sucumbiu, sendo hoje pacífico também no Superior Tribunal de Justiça a aplicação da referida lei a todo e qualquer crime tributário, inclusive no caso das contribuições previdenciárias⁽⁴⁾.

Isto posto, vale ressaltar também que sua aplicação deve se dar de forma retroativa, a teor do disposto no artigo 5º, IX, elevado a cláusula pétrea pela nossa Constituição Federal, *verbis*: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. No mesmo sentido também o nosso Código Penal, no parágrafo único do seu artigo 2º, ao prever que: “parágrafo único – a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

Isto porque a Lei nº 10.684/03 é um claro exemplo de lei mais benéfica que impõe

a retroatividade de seus preceitos. Ao excluir o limite temporal “antes do recebimento da denúncia”, para suspender, ou mesmo excluir, a punibilidade do agente nos crimes nela previstos, criou um favorecimento para aqueles acusados, ou mesmo condenados, que efetivamente pagaram seus débitos, mesmo após o recebimento de suas denúncias, como também criou uma *lex mitior*, ou seja, uma situação em que a lei posterior beneficia de alguma forma o autor do suposto fato delituoso, em favor daqueles que tão somente parcelaram seus débitos, já que adquiriram o direito de ver os processos a que respondem suspensos enquanto em curso o tal parcelamento.

É exatamente no raciocínio acima desenvolvido que encontramos os alicerces para desenvolver a tese que advogaremos nas linhas que se seguem. Para tanto, nos restringiremos apenas ao que prega o § 1º do dispositivo legal sob análise quando rege que “a prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva”.

Utilizando o mesmo raciocínio apreçoado pela doutrina e pela jurisprudência dos tribunais pátrios, de que a justificativa para a retroatividade do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03, é o benefício trazido àqueles acusados que cometeram crime em momento anterior a sua entrada em vigor, o que se falar, então, quando em discussão o § 1º do mesmo dispositivo legal? Seria ele favorável ao réu a ponto de retroagir para que seja aplicado aos crimes praticados antes do advento da lei? Entendemos que não.

Embora claramente gere efeitos processuais, o fato é que a prescrição penal é prevista no Código Penal. Consubstancia-se numa causa excludente de punibilidade. Sem adentrar ao mérito da questão de sua colocação na estrutura do crime, pode-se dizer que dela faz parte, motivos estes que nos levam a inarredável conclusão de que é matéria de direito material. E se é matéria de direito penal não pode retroagir em prejuízo do réu.

Dito isso, corolário lógico é a assertiva de que não pode o § 1º, da Lei nº 10.684/03, retroagir para que seja aplicado aos casos em que a conduta delituosa se deu em momento anterior à sua vigência. Por outro lado, o *caput* do artigo é, indiscutivelmente, tal como já afirmado, passível de retroação, o que nos leva a indagação se seria possível a retroação de parte da lei, e mais, de parte de artigo.

Pensamos não haver qualquer problema com relação a isso. Tal discussão foi objeto de embates jurídicos quando da

entrada em vigor da Lei nº 9.271/96, que ao dar nova redação ao artigo 366 do Código de Processo Penal, determinou que “se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional (...)”. O caráter híbrido da norma acima transcrita, contudo, afastou a possibilidade de sua aplicação retroativa, pois, tanto a jurisprudência quanto a doutrina acabaram por firmar o entendimento pelo qual não poderia ser cindido um dispositivo legal para que parte fosse aplicada e parte simplesmente ignorada.

O § 1º da Lei nº 10.864/03, por outro lado, traz duas disposições diferentes. Duas normas diversas. Uma não depende da outra para que seja aplicada, como é o caso do artigo 366 do Código de Processo Penal. Se o Presidente da República possui o poder de veto de parágrafos e até mesmo incisos de uma mesma lei que lhe é levada a sanção e se o legislador pode criar uma lei e separá-la em artigos, incisos e parágrafos, com a mesma propriedade pode o magistrado aplicar apenas os artigos, parágrafos ou incisos que lhe parecerem apropriados frente ao princípio da legalidade.

Dentro dessa concepção, portanto, pensamos ser retroativamente aplicável o *caput* do artigo 9º, da Lei nº 10.784/03, porém, impossível a retroação de seu § 1º, sendo a única saída jurídica viável, quando em comento casos em que a conduta delituosa foi praticada antes de sua entrada em vigência, que a ação penal a que responde o acusado, enquanto dure o parcelamento da dívida objeto da denúncia, fique suspensa, mas que o prazo prescricional continue em curso até que ocorra uma das duas situações a seguir: fim do parcelamento com o efetivo e integral pagamento do débito ou o decurso do prazo prescricional enquanto ainda em andamento o parcelamento. Em ambas as situações chegaríamos à extinção da punibilidade do réu. ●

Notas

- (1) **ESTELLITA, Heloísa**. “Pagamento e Parcelamento nos Crimes Tributários: A Nova Disciplina da Lei 10.684/03”, *Boletim IBCCRIM*, ano 11, nº 130, setembro de 2003, pp. 2/3.
- (2) Entre outros o HC nº 39.960, com acórdão publicado em 7 de março de 2005.
- (3) Entre outros o HC nº 85.452, com acórdão publicado em 3 de junho de 2005.
- (4) Entre outros REsp. nº 710.799.

Délio Lins e Silva Júnior

Advogado em Brasília, especialista em Direito Penal Econômico Europeu e mestrando em Ciências Jurídico-Criminais, ambos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

CURSOS E EVENTOS

SEMINÁRIO INTERNACIONAL: CONDIÇÕES ESPECIAIS PARA GRUPOS ACADÊMICOS

Considerando a importância de tornar o nosso **Seminário Internacional** mais acessível aos estudantes de graduação, criamos uma nova categoria de participação: a de **"Grupo Acadêmico"**.

Pacote mínimo: 1 (um) professor e 9 (nove) alunos, na área de telão para os grupos acadêmicos

Valor: R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), sendo que, formado o grupo, sempre com o mínimo de 10 pessoas, terá direito à inscrição de mais uma pessoa gratuitamente.

Pagamento: pode ser parcelado em até 3 (três) cheques pré-datados.

Certificado: a todos do Grupo será conferido certificado de participação com a devida carga horária.

Mais informações pelo telefone/fax: (11) 3105-0109, ou pelo e-mail: julia@ibccrim.org.br.

CICLO DE DEBATES DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM "O DIREITO E O PROCESSO PENAL NA ATUALIDADE: CRISES E ALTERNATIVAS"

A Universidade de Passo Fundo (UPF), a Universidade Luterana do Brasil (ULBRA/Santa Maria), o Centro Universitário Ritter dos Reis e a Universidade Católica de Pelotas (UCPel), em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, realizarão os **Ciclos de Debates do IBCCRIM no Rio Grande do Sul**, "O Direito e o Processo Penal na Atualidade: crises e alternativas".

Os encontros acontecerão nas seguintes datas: 1 a 3 de setembro em Passo Fundo/RS; 10 e 11 de outubro em Canoas/RS; 21 e 22 de outubro em Santa Maria/RS; e 11 e 12 de novembro em Pelotas/RS. **Mais informações** pelo site: www.ibccrim.org.br

MESA DE ESTUDOS E DEBATES

Ocorrerá no dia 16 de setembro, às 10:00 horas da manhã, na sede do IBCCRIM (auditório do 2º andar), a Mesa de Estudos e Debates cujo tema será **"História do Direito Penal"**.

Todos estão convidados!

Mais informações no site www.ibccrim.org.br, pelo e-mail simone@ibccrim.org.br ou pelo telefone 3105-4607 Ramal 153.

3º CICLO DE DEBATES DE DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL - CRUZEIRO/MG

O Instituto dos Advogados de Minas Gerais, visando à atualização dos profissionais e estudantes de Direito, promove, mais uma vez, um **Ciclo de Debates de Direito Penal e Direito Processual Penal**.

Contando com excelentes expositores e debatedores convidados, e também com a participação de diretores do Instituto, o evento é uma ótima oportunidade para todos os interessados em reciclar seus conhecimentos naqueles ramos do Direito.

Data: 19, 20 e 21 de setembro de 2005

Local: Auditório da Ordem dos Advogados de Minas Gerais

Rua Albita nº 250, Cruzeiro/MG

Horário: 18h30min às 22h

Carga Horária: 9h /aula - **Informações:** (31) 3241-1226 ou iamg@iamg.org.br

IV SIMPÓSIO DE DIREITO PENAL PARA MATO GROSSO DO SUL

Organizador: Dr. Fábio Trad

Objetivo: Divulgar e consolidar o ideário garantista de um Direito Penal Democrático.

Temas: *A Crise da Lei, o Princípio da Proporcionalidade, a Dogmática, a Política Criminal, A Vitimologia, A Reforma no Processo Penal, Os Rumos do Direito Penal Brasileiro, O Momento Político do Brasil, O Garantismo, O Papel da Magistratura e da Advocacia Criminal no Estado Democrático de Direito, O Existencialismo Penal, Crimes Tributário, Crimes Falimentares, Súmula Vinculante Pro Reo*, etc.

Data: 18 a 20 de outubro de 2005

Horário: Das 08h00 às 18h00

Local: Palácio Popular da Cultura - Auditório Rubens Gil de Camilo

Cidade: Campo Grande/MS

Inscrições: A partir da segunda quinzena de agosto

Mais informações: simone@ibccrim.org.br ou www.ibccrim.org.br



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 Stefanino 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

Vivemos numa sociedade em que a velocidade, inegavelmente, é um valor. O ritmo social cada vez mais acelerado impõe uma nova dinâmica na vida de todos nós. Que dizer então da velocidade da informação? Agora passada em tempo real, via *Internet*, sepultando o espaço temporal entre o fato e a notícia. O fato, ocorrido no outro lado do mundo, pode ser presenciado virtualmente em tempo real. A aceleração do tempo nos leva próximo ao instantâneo, com profundas consequências na questão tempo/velocidade. Também encurta ou mesmo elimina distâncias. Por isso, **Virilio**⁽²⁾ — teórico da Dromologia (do grego *dromos* = velocidade) — afirma que “a velocidade é a alavanca do mundo moderno”.

O mundo, aponta **Virilio**⁽³⁾, tornou-se o da presença virtual, da telepresença. Não só telecomunicação, mas também teleação (trabalho e compra a distância) e até em telessensação (sentir e tocar a distância). Essa hiper mobilidade virtual nos leva à inércia, além de contrair espaços e intervalos temporais. Até mesmo a guerra nas sociedades contemporâneas são confrontos breves, instantâneos e virtuais, como se fossem *wargames* de computador, em que toda carga de expectativa está lançada no presente.

Sob o enfoque econômico, o “deus mercado” também tem muita pressa, pois o chavão popular de que “tempo é dinheiro”, nunca esteve tão em voga. O “cassino planetário” é formado pelas bolsas de valores que funcionam 24h por dia, em tempo real, com uma imensa velocidade de circulação de capital especulativo, gerando uma economia virtual, transnacional e imprevisível — liberta do presente e do concreto⁽⁴⁾. Nessa lógica de mercado, para conseguir lucro, é preciso acelerar a circulação dos recursos, abreviando o tempo de cada operação.

A aceleração obtida a partir do referencial luz é impressionante e afeta diretamente nossa percepção de tempo. Como aponta **Virilio**⁽⁵⁾, a tecnologia do final dos anos 80 permitiu que os satélites transmitissem a imagem à velocidade da luz e isso representou um avanço da mídia televisiva com relevante mudança de paradigma.

A imagem passa a ter visibilidade instantânea com o novo referencial luz. O fascínio da imagem conduz a que “o que não é visível e não tem imagem não é televisível, portanto não existe midiaticamente”.

O choque emocional provocado pelas imagens da TV — sobretudo as de aflição, de sofrimento e morte — não tem comparação com o sentimento que qualquer outro meio possa provocar. Suplanta as-

sim a fotografia e os relatos, a ponto de que, quando não há imagens, cria-se. A “reconstituição” das imagens não captadas passa a ser fundamental para vender a emoção não apreendida no seu devido tempo. Exemplo típico são os programas sensacionalistas do estilo “*Linha Direta*”.

Estabelece-se um grande paradoxo: a sociedade acostumada com a velocidade da virtualidade não quer esperar pelo processo, daí a paixão pelas prisões cautelares e a visibilidade de uma imediata punição. Assim querem o mercado (que não pode esperar, pois tempo é dinheiro) e a sociedade (que não quer esperar, pois está acostumada ao instantâneo).

No sistema jurídico, os juizes são pressionados para decidirem “rápido” e as comissões de reforma, para criarem procedimentos ainda mais “acelerados”⁽⁶⁾. Mas a velocidade da notícia e a própria dinâmica de uma sociedade espantosamente acelerada são completamente diferentes da velocidade do processo, ou seja, existe um tempo do direito que está completamente desvinculado do tempo da sociedade. E o Direito jamais será capaz de dar soluções à velocidade da luz.

Contudo, o valor velocidade prevalece e, nesse contexto, como decorrência lógica, surge o interrogatório *on-line*. O interrogatório por videoconferência, além de agregar velocidade e imagem, reduz custo e permite um (ainda) maior afastamento dos atores envolvidos no ritual judiciário, especialmente do juiz. Mas, sem dúvida, os principais argumentos são de natureza econômica e de “*assepsia*”.

A redução de custos é fruto de uma prevalência da ideologia economicista, onde o Estado vai se afastando de suas funções a ponto de sequer o juiz estar na audiência. Sob o pretexto dos altos custos e riscos (como se não vivêssemos numa sociedade de risco) gerados pelo deslocamento de presos “perigosos”, o que estão fazendo é retirar a garantia da jurisdição, a garantia de *ter um juiz*, contribuindo ainda mais para que eles assumam uma postura burocrática e de assepsia da jurisdição. Matam o caráter antropológico do próprio ritual judiciário, assegurando que o juiz sequer olhe para o réu, sequer sinta o cheiro daquele que ele vai julgar.

É elementar que a distância da virtualidade contribui para uma absurda desumanização do processo penal. É inegável que os níveis de indiferença (e até crueldade) em relação ao *outro*, aumentam muito quando existe uma distância física (virtualidade) entre os atores do ritual judiciário. É muito mais fácil produzir sofrimento sem qualquer culpa quando

estamos numa dimensão virtual (até porque, se é virtual, não é real).

Como já explicamos em outra oportunidade⁽⁷⁾, a toga insere-se como um instrumento imprescindível no ritual de purificação e isenção de responsabilidade (é a boca da toga que está decidindo), pois ao mesmo tempo em que é um escudo protetor (toga-máscara), subtrai o sujeito da sua condição de mortal, purificando-o.

Acrescentando-se a distância e a “*assepsia*” gerada pela virtualidade, teremos a indiferença e a insensibilidade do julgador elevadas a níveis insuportáveis. Se uma das maiores preocupações que temos hoje é com o resgate da subjetividade e do próprio sentimento no julgar (sentenciar = sentenciando = sentire), combatendo o refúgio na generalidade da função e o completo afastamento do *eu*, o interrogatório *on-line* é um imenso retrocesso civilizatório (na razão inversa ao avanço tecnológico).

Tudo isso pode ser evitado (e os custos reduzidos), se, ao invés do interrogatório *on-line*, partirmos para o outro extremo: o juiz e as partes indo até o presídio para realização do(s) interrogatório(s). *One day in jail...* diria **Geraldo Prado**⁽⁸⁾! O único argumento contrário a isso não seria, acreditamos, publicamente admitido: assepsia jurisdicional.

Quando da alteração do interrogatório pela Lei nº 10.792/2003, o interrogatório *on-line* foi motivo de ampla discussão, tendo sido ao final totalmente rechaçado. Não obstante, foi admitido o interrogatório “presencial” no estabelecimento prisional (art. 185, § 1º do CPP), consagrando nossa pretensão de que o juiz vá ao presídio.

Mas o movimento pela assepsia judiciária não parou. Para surpresa geral, em janeiro de 2005 foi promulgada em São Paulo a Lei Estadual nº 11.819, prevendo a possibilidade de “*nos procedimentos judiciais destinados ao interrogatório e à audiência de presos, poderão ser utilizados aparelhos de videoconferência, com o objetivo de tornar mais célere o trâmite processual, observadas as garantias constitucionais*”.

Além dos inconvenientes já apontados, a lei (felizmente estadual) padece de grave vício de origem: é inconstitucional. Viola a reserva legislativa assegurada pelo art. 22, I da Constituição. Tampouco é aplicável o disposto no art. 24, XI da CF, pois não se trata de norma meramente procedimental. A complexidade do processo penal contemporâneo não permite um reducionismo binário tão simples, como se fosse possível separar cartesianamente norma procedimental de norma processual. Como explica **Scarance Fer-**

nandes⁽⁹⁾ “(...) para a moderna doutrina processual, o processo é instituto complexo que abrange a relação jurídica e o procedimento. Em outras palavras, uma norma procedimental seria sempre uma norma processual, em sentido amplo pelo menos.”

Recordemos, ainda, que a Convenção Americana de Direitos Humanos assegura, em seu art. 7º, 5, que toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz (g. n.). Por mais esforço que se faça, existe um limite semântico que não permite uma interpretação tal que equipare “presença” com “ausência”.

Mas o interrogatório on-line, além de matar o mínimo de humanidade que o processo deve guardar, também viola direitos e garantias fundamentais. E, como em processo penal forma é garantia, sua realização conduziria a uma nulidade absoluta. Como bem definiu Schmidt⁽¹⁰⁾, não há que se “confundir formalismos despidos de significados com significados revestidos de forma”, e, emendamos, não há que se transportar automaticamente categorias — como a famigerada *pas nullité sans grief* — do processo civil para o processo penal.

O direito de defesa, seja a defesa técnica ou a autodefesa, é ferido de morte no interrogatório on-line. A começar pela pergunta: onde fica o advogado? E os autos? Se o advogado está ao lado do réu (de onde nunca deve sair), o processo está com o juiz. Nesse caso, o defensor está impedido de consultar os autos para perguntar, bem como está o réu impedido de analisar fotos ou laudos para responder ou esclarecer.

Por outro lado, caso o advogado abandone o réu para ficar na sala de audiência, ao lado do juiz e do MP, é inegável que seu contato com o acusado e, portanto, a defesa como um todo, ficam seriamente comprometidos.

Evidencia-se que o sistema on-line foi pensado para que a defesa seja meramente simbólica, assumindo o advogado uma postura burocrática, como convidado de pedra. Elementar que matamos a defesa técnica e a autodefesa.

E a garantia que o preso tem de entrevistar-se reservadamente com seu advogado, como fica? Se o advogado está junto com o juiz? Será on-line também? Como ter tranquilidade para usar o direito de silêncio se o réu está com seus algozes, enquanto juiz, MP e advogado estão, e continuarão, a quilômetros de distância? Não tardará para que administradores passem a se vangloriar de que “preso desta casa fala sempre”, aqui sempre existe “colaboração com a Justiça” e coisas do gênero. Imaginemos a situação de um acusado por delito de estupro, que

irá declarar na própria casa prisional, sob a mais flagrante pressão dos carcereiros! Ou será que alguém nega o tratamento especial dispensado aos “duques”? Os exemplos nessa linha proliferam.

Outro grave inconveniente é o excesso de confiança na tecnologia. Imaginemos que no meio de um longuíssimo interrogatório tenha que se fazer *control+alt+del* porque o computador do fórum ou do presídio travou! É até previsível, diante do inequívoco sucateamento dos órgãos públicos, imaginar os computadores que serão utilizados.... sem falar que, daqui a alguns anos, continuarão os mesmos equipamentos, pois somente se vivêssemos num mundo onírico, iríamos acreditar que o Estado faria atualizações e substituições com a periodicidade necessária.

Mas não basta a tecnologia. Teríamos de ter uma equipe de técnicos de plantão, prontos para resolver quaisquer dos inúmeros problemas que costumam ocorrer nessas operações. E, é claro, eles teriam condições de atender a todas as casas prisionais e também delegacias (sim, porque nesse país ainda existem milhares de presos em delegacias!). Para quem conhece a pobreza e a selvageria do sistema carcerário brasileiro, a piada é ainda mais engraçada.

O primeiro preso submetido a interrogatório virtual em São Paulo (setembro de 2002)⁽¹¹⁾ concordou em participar do ato sem oferecer qualquer resistência. Depois, contudo, descobriu-se o verdadeiro motivo de tamanha boa vontade, quando ele declarou à imprensa: *antes a gente saía para ser interrogado e passava o dia inteiro sem alimentação* (e, provavelmente, algemado e com as mãos nas costas, por horas a fio). Claro que a troca foi vantajosa, até porque, para esse tipo de cliente preferencial, direito de defesa é apenas um bonito jargão técnico.

O contraste entre a (promessa de) tecnologia e a cruel realidade carcerária brasileira chega a ser patético.

O interrogatório on-line acaba, ainda, desvelando outra face cruel do ritual judiciário: o interrogatório é um ato molesto, que incomoda. Em muitos casos, as meta-regras de atuação jurisdicional fazem com que o réu já esteja condenado muito antes de ser ouvido. O pré-julgamento já ocorreu. O interrogatório é mera formalidade, puro golpe de cena. Logo, melhor ainda que seja virtual.

O direito de defesa e do contraditório (incluindo o direito a audiência) são direitos fundamentais, cujo nível de observância reflete o avanço de um povo. Isso se mede, não pelo arsenal tecnológico utilizado, mas sim pelo nível de respeito ao valor *dignidade humana*. E o nível de civilidade alcançado exige que o processo

penal seja um instrumento legitimante do poder, dotado de garantias mínimas, necessário para chegar-se a pena. É a visão de que o processo penal é um instrumento a serviço da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais do acusado, de limitação do poder para obter o necessário respeito a esfera de dignidade do réu. Nessa linha, é absurdo suprimir-se o direito de ser ouvido por um juiz, que não pode ser substituído por um monitor de computador.

Existe um verdadeiro *direito a presença física* no processo penal, e isso está substanciado no valor dignidade e humanidade. Claro que nos criticarão por essa postura, rotulando-nos de (neo)iluministas — como se isso fosse ofensivo. Assumimos uma posição conservadora, mas coerente para quem até hoje não compreendeu como é que se pode fazer interrogatório on-line ou sexo virtual. ☹

Notas

- (1) O presente trabalho é resultado parcial do Projeto de Pesquisa “Processo penal e Estado Democrático de Direito: a instrumentalidade garantista como limitação ao poder punitivo”, desenvolvido na PUCRS com bolsa Produtividade em Pesquisa do CNPq.
- (2) Sobre o tema: VIRILIO, Paul. *A Inércia Polar*, Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1993.
- (3) *Velocidade da Libertação*, p. 10.
- (4) OST, François. *O Tempo do Direito*, p. 353.
- (5) *Velocidade da Libertação*, p. 26.
- (6) Que não pode ser confundido com técnicas de sumarização (horizontal e vertical) da cognição. Sobre o tema veja-se nossa obra *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*, pp. 92 e ss., especialmente nas pp. 96-97.
- (7) LOPES Jr., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 80.
- (8) PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 276.
- (9) SCARANCE FERNANDES, Antonio. “A Inconstitucionalidade da Lei Estadual sobre Videoconferência”, *Boletim do IBCCRIM*, nº 147, p. 7. Ainda sobre o tema, imprescindível consultar os trabalhos de Antonio Magalhães Gomes Filho (acertadamente intitulado “Garantismo à Paulista”) no *Boletim do IBCCRIM*, nº 147, p. 6 e também de Gustavo Henrique R. Ivahy Badaró (“A Lei Estadual 11.819, de 05/01/2005 e o interrogatório por videoconferência — primeiras impressões”), publicado no *Boletim do IBCCRIM*, nº 148, p. 2.
- (10) SCHMIDT, Ana Sofia. *Boletim do IBCCRIM*, nº 120, nov. 2002.
- (11) Conforme notícia Tales Castelo Branco, “Parecer sobre interrogatório on-line”, *Boletim do IBCCRIM*, nº 124, p. 682.

Aury Lopes Jr.

Doutor em Direito Processual Penal, professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC/RS, pesquisador do CNPq e advogado

LEI Nº 4.554 DE 02/06/05 - MAIS UMA ABERRAÇÃO JURÍDICA NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA

Denis Sampaio

Denis Sampaio

Foi editada, em 2 de junho de 2005 a Lei Estadual nº 4.554, que autoriza o Poder Executivo a criar salas de videoconferência nas penitenciárias localizadas no Estado Fluminense, destinadas à realização de procedimentos judiciais que exijam a oitiva de detentos e apenados.

Neste sentido, acompanhando alguns outros Estado da Federação, a lei em questão regulamenta mais uma iniciativa legislativa que apenas retrata a cultura de tratamento do nosso sistema processual penal, ou seja, mais uma vez identifica-se a necessidade de utilitarismo processual, em detrimento de toda a determinação constitucional, estabelecendo normas práticas para um conforto do exercício máximo da intervenção estatal, esquecendo das garantias fundamentais. Na verdade, tanto esta lei estadual, como tantas outras que vêm sendo editadas por nosso Poder Legislativo apenas retratam o sistema processual penal que nós adotamos, seja no âmbito de elaboração das normas, seja no momento da sua interpretação, seja no diálogo exercido entre esses poderes e a própria sociedade.

O discurso autoritário do Estado, que infelizmente pela vulgarização da criminalidade social identifica um real efeito, resume-se no utilitarismo processual, oportunizando assim, uma perfeita intervenção penal. O principal destaque deste efeito, é a clarificação do sistema por nós adotado. Ora, como este discurso ainda está em pauta, legitimando diarreias legislativas e intervenções autoritárias jurisdicionais, podemos constatar que o discurso em alusão corporifica as características visíveis de um sistema inquisitório. Ou seja, a partir do momento em que há uma valorização de exercício do poder controlador supervalorizado sobre o indivíduo, estabelecendo apenas a administração das garantias individuais, podemos afirmar que o sistema inquisitório permanece presente no ordenamento processual penal brasileiro, não obstante a força extrema da doutrina moderna na tentativa de mudança desta cultura de permanência legislativa e judiciária. Como afirmou **Goldschmidt**, a estrutura do processo penal de uma nação nada mais é do que o termômetro corporativo ou autoritário que a constitui⁽¹⁾. E a nossa marca indelével é justamente a atuação antidemocrática de exercício dos poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. E nesta linha de raciocínio, o Poder Legislativo juntamente com o Poder Executivo Estadual Fluminense identifica mais uma atuação de afastamento de um processo penal democrático.

O esquecimento da nossa Constituição da República mostra-se flagrante, tornan-

do uma falácia todas as garantias fundamentais afetas ao acusado. Mas não é só! O despreparo legislativo identifica a ausência técnica, onde afasta a aplicação da Lei nº 10.792/03 que reeditou todas as normas atinentes ao interrogatório.

Da Inconstitucionalidade Formal

A doutrina paulista já se antecipou na crítica quanto à inconstitucionalidade formal da lei que criou o interrogatório por videoconferência⁽²⁾ por vício de competência, já que legislou sobre matéria processual penal, cuja exclusividade está reservada à União, conforme dispõe o artigo 22, inciso I, da Constituição da República.

A própria Lei nº 10.792/03, que modificou alguns dispositivos no Código de Processo Penal, trata sobre a matéria, não havendo possibilidade de revogação destes dispositivos, de forma direta ou indireta, por lei estadual.

O artigo 185 do Diploma Processual Penal determina que o acusado deve ser interrogado na presença de seu defensor. A necessidade deste ato processual ser realizado na presença física do acusado, do Ministério Público, do defensor e do juiz, além de retratar situação indiscutível, também se mostra determinação legislativa, somente podendo ser modificada por lei (federal) posterior. Portanto, a autorização da criação de videoconferência por lei estadual, mesmo numa vulgar interpretação indireta, apenas identifica a afronta clara à nossa Constituição, já que não regulamenta a forma da realização do interrogatório, mas sim a própria estrutura do ato, criando norma processual esbarrando na autorização constitucional para editar lei que verse sobre tal matéria.

Sabedor da impossibilidade de criação de interrogatório *on-line* ou à distância, o legislador, mesmo que de forma tímida⁽³⁾, dispôs no § 1º do artigo 185, CPP que o interrogatório *“do acusado preso será feito no estabelecimento prisional em que se encontrar, em sala própria, desde que estejam garantidas a segurança do juiz e auxiliares, a presença do defensor e a publicidade do ato. Inexistindo a segurança, o interrogatório será feito nos termos do Código de Processo Penal”*. O afastamento do interrogatório à distância torna-se claro. Se a condução do acusado da unidade prisional à sala de audiência prejudicar a segurança pública com eventuais ameaças de fugas, a nova lei identifica um subterfúgio: realização do interrogatório no próprio estabelecimento prisional; mas, nesse caso, a realização desse ato processual na presença do juiz, do Ministério Público, do defensor e principalmente do acusado. Não estabele-

ceu a lei (federal) qualquer possibilidade de interrogatório por videoconferência, não havendo possibilidade de lei estadual fazê-lo, por simples ausência de competência para tratar sobre a matéria processual. Na impossibilidade da realização do interrogatório na unidade prisional, haverá uma única saída legislativa — a realização desse ato processual nos termos do CPP, ou seja, na sala de audiência, entre presentes.

Em resumo, a flagrância da inconstitucionalidade por ausência de competência legislativa afasta por completo a aplicação da lacunosa Lei Fluminense nº 4.554/05, já que não trata de procedimento penal e sim da estruturação de um ato do processo; portanto, matéria processual penal. A seriedade da questão deve ser observada para que não haja uma maior vulgarização no tratamento do diploma processual penal. A crítica é necessária, já que se deixarmos a situação inquisitória em âmbito legislativo, num futuro próximo o legislador fluminense editará leis ridículas para autorizar a realização do interrogatório do acusado surdo-mudo, por *e-mail*, já que o artigo 192, inciso III, CPP estabelece a forma escrita para sua realização.

Da Inconstitucionalidade material

Muito já se discutiu sobre a necessidade impostergável da presença do defensor no interrogatório do acusado⁽⁴⁾, face à necessidade do exercício pleno da ampla defesa, não obstante a impossibilidade de intervenção neste ato processual. A Lei nº 10.792/03, dando real valor à ampla defesa, determinou a presença da defesa técnica no interrogatório (art. 185, CPP). Porém, num retrocesso autoritário, de completo afastamento de garantias fundamentais do acusado, a Lei Estadual nº 4.554/05 pretende afastar o acusado da presença do seu defensor, e de todos os atores processuais. Tal fato ocorre justamente pela interpretação vulgarizada da função do acusado como simples objeto do processo e a finalidade deste, como apenas instrumentalização da pretensão punitiva para uma efetiva sanção penal.

Na verdade, a lei em questão fere, frontalmente, a garantia constitucional da ampla defesa, a partir do momento em que, além de afastar o acusado de seu defensor, impede uma relação de aproximação com aquele que irá julgá-lo. Deve se lembrar que a ampla defesa é abrangida pela defesa técnica e pela autodefesa, e esta não se resume apenas no direito à voz, que estaria cristalizado na característica da oralidade do interrogatório, mas também processualmente no direito à petição e por oportuno, no direito à presença⁽⁵⁾.

A impossibilidade de afastamento da natureza jurídica do interrogatório como meio de defesa impõe sua realização com a observância de toda a materialização da autodefesa, inclusive o direito fundamental da presença do acusado, na sala de audiência, diante de uma aproximação necessária com a imputação contra ele oferecida, com aquele que a formula, com seu defensor e principalmente com o julgador.

A pretensão prática do legislador fluminense afasta um direito impostergável do acusado — a sua presença em Juízo —, afrontando diretamente uma garantia fundamental que estabelece a regularidade de todo o trâmite processual, mediante a realização de interrogatório por videoconferência que maculará todo o processo de forma insanável, já que retira do acusado a possibilidade de exercício pleno da defesa.

Conclusão

O discurso sobre a necessidade da celeridade processual e da segurança pública induz a retirada por completo da função básica do processo penal como garantia do cidadão voltado às mazelas de uma situação processual, para impor um eficientismo ilusório (utilitarismo prático) e um paradigma da intolerância assaz na procura da permanência de um inquisitorialismo sistêmico. É neste sentido que a Lei nº 4.554, de 2 de junho de 2005, pretende estabelecer o afastamento por completo da garantia constitucional da ampla defesa. O progresso técnico deve servir para o aparelhamento e conforto da sociedade. Sua prática serviu e serve para que a humanidade consiga se comunicar, de forma imediata, por todo o mundo, realizando uma verdadeira aproximação e crescimento mundial. Contudo, a utilização deste progresso tecnológico não pode retroagir às situações medievais, onde o indivíduo não possuía qualquer valor frente aos interesses estatais. Deve se utilizar este aprimoramento técnico para amparar toda a sociedade com saúde, educação, urbanismo, cultura, etc., e não tirar do indivíduo o que nossa Constituição estabeleceu logo no primeiro dispositivo: a dignidade da pessoa humana. 

cienticismo ilusório (utilitarismo prático) e um paradigma da intolerância assaz na procura da permanência de um inquisitorialismo sistêmico. É neste sentido que a Lei nº 4.554, de 2 de junho de 2005, pretende estabelecer o afastamento por completo da garantia constitucional da ampla defesa. O progresso técnico deve servir para o aparelhamento e conforto da sociedade. Sua prática serviu e serve para que a humanidade consiga se comunicar, de forma imediata, por todo o mundo, realizando uma verdadeira aproximação e crescimento mundial. Contudo, a utilização deste progresso tecnológico não pode retroagir às situações medievais, onde o indivíduo não possuía qualquer valor frente aos interesses estatais. Deve se utilizar este aprimoramento técnico para amparar toda a sociedade com saúde, educação, urbanismo, cultura, etc., e não tirar do indivíduo o que nossa Constituição estabeleceu logo no primeiro dispositivo: a dignidade da pessoa humana. 

Notas

- (1) **GOLDSCHMIDT, James Paul.** *Princípios Gerais do Processo Penal*, trad. **Hiltomar Martins**

- Oliveira**, Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 71.
 (2) **BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy.** “A Lei Estadual nº 11.819, de 05/01/05 e o interrogatório por videoconferência - Primeiras impressões”, **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, V. 12, nº 148, março, 2005, p. 02; **GOMES FILHO, Antônio Magalhães.** “Garantismo à paulista (A propósito da videoconferência)”, **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 12, nº 147, fevereiro, 2005, p. 06; **FERNANDES, Scarance.** “A inconstitucionalidade da Lei Estadual sobre videoconferência”, **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 12, nº 147, fevereiro, 2005, p. 7.
 (3) Diferente do anteprojeto enviado ao Congresso Nacional (PL nº 4.202/2001) que dispõe sobre a impossibilidade de interrogatório *on-line* afirma que “*não se admitirá o interrogatório a distância de acusado preso.*”
 (4) **MARQUES, Frederico.** *Elementos de Processo Penal*, vol II, 2ª ed., Campinas: Millennium, 2000, p. 391.
 (5) **FERNANDES, Antonio Scarance.** *Processo Penal Constitucional*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2000, p. 268.

Denis Sampaio

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro, mestrando em Ciências Criminais da UCAM e professor da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

OPINIÃO SOBRE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL (CPI - ASSUNTO MOMENTOSO)

Paulo Cláudio Tovo

O princípio da determinação prévia do fato punível impõe-se como um imperativo lógico a qualquer investigação criminal, seja ela preliminar ou definitiva, mesmo que o objeto da perquirição se desdobre em diversos acontecimentos como na ilicitude por tendência ou continuada, plural, ou organizada. Eis aí o ponto de partida da busca da verdade sob pena de “navegar-se” sem rumo ou incorrer-se na maquiavélica devassa.

Não se pense que a determinação inicial do fato investigado importe em delimitação do trabalho investigatório, pois qualquer notícia de outro ou outros fatos conexos ou continentes poderia ser objeto de aditamento do tema acusatório.

Outro não é o pensamento da Constituição de 1988, ao dizer, em seu art. 58, § 3º: “*As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprias das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado* (o grifo é nosso) *e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsa-*

bilidade civil ou criminal dos infratores”.

Na área criminal propriamente dita, nenhum processo penal condenatório terá início sem a denúncia ou queixa, que atende justamente a tal princípio.

Em outras áreas, administrativa ou parlamentar, seria útil um ato inicial em que se fixassem os pontos acusatórios. Evitar-se-ia assim o mal dos desvios de rumo e o grande mal das acusações vagas e imprecisas e a confusão de fatos com ilações passionais.

No futuro, até mesmo nas investigações preliminares, consoante projetos de reformas tópicas do Código de Processo Penal, será observado tal princípio, na passagem formal de simples investigado para indiciado, durante o inquérito policial.

De outro lado, a ouvida inicialmente de suspeitos, como se testemunhas fossem, estratégia perversa por vezes utilizada, não apenas nas comissões parlamentares de inquérito, fere, sem dúvida, o sistema garantístico consagrado na Constituição de 1988, pois a testemunha tem o dever de dizer a verdade, sob as penas da lei, e o investigado tem o sagrado direito de calar.

Diga-se, de passagem, que o art. 206 do CPP, que dispensa de depor as pessoas mais íntimas do acusado, se presta para a violação do direito ao silêncio do imputado, quando despoticamente admite: “*Salvo*

quando não for possível, por outro modo, obter ou integra a prova do fato e de suas circunstâncias”. Tal dispositivo, data máxima vênica, é manifestamente incompatível com a democrática Constituição de 1988.

A postulação em juízo da garantia do direito de calar de quem sabe pelos meios de comunicação social que é considerado suspeito de determinado crime não é jogada inteligente de esperto autor, mas sim direito incontestável de qualquer investigado, por mais reprovável que pareça sua conduta delitiva.

Além disso, a delação premiada de comparsa nos parece uma violação ética com perigosas conseqüências no mundo do crime, muito embora consagrada pela Lei nº 9.807/99 (criada sob inspiração da legislação italiana).

Este não é o verdadeiro caminho da Justiça, importa, isto sim, na confissão que o Estado não tem capacidade científica de chegar à verdade.

Com efeito, o crime como meio de combate ao crime gera a possibilidade da maldosa ou vingativa acusação, não rara no âmbito da delinquência. 

Paulo Cláudio Tovo

Juiz de Alçada aposentado e professor de Processo Penal no RS

Nos últimos meses o Brasil foi aturdi-
do por uma série de denúncias de corrup-
ção, que envolvem integrantes do Poder
Executivo, do Legislativo e de alguns par-
tidos políticos.

Por outro lado, diariamente os meios
de comunicação noticiam as “*hollywoo-
dianas*” operações da Polícia Federal, to-
das devidamente “batizadas” (Anaconda,
Narciso, Cevada, etc., numa demonstra-
ção de interminável criatividade), com a
prisão de várias pessoas que muitas vezes
são submetidas ao constrangimento des-
necessário do uso de algemas e exposição
à mídia, para se dizer o mínimo. Nesse
conturbado cenário, em que todos os bra-
sileiros pugnam pelo desvelamento da ver-
dade em ambas as situações sobreditas,
algumas manifestações são preocupantes.

Arnaldo Jabor, festejado cineasta e cro-
nista, inicia seu artigo publicado recente-
mente no jornal *O Estado de S. Paulo*⁽¹⁾, com
a seguinte frase: “O depoimento do ex-secre-
tário-geral do PT Silvio Pereira foi, de saída,
inviabilizado por mais um **desserviço do
Supremo Tribunal Federal**, dando-lhe o
habeas corpus preventivo a figura jurídica
que permite que o sujeito possa mentir em paz,
não possa ser preso e não precise responder a
perguntas que o incriminem. Assim, tudo vi-
rou mais um ritual vazio, nesse escândalo his-
tórico, nesse sarapatel sistêmico” (grifo nosso).

Referia-se ele à decisão do ministro
Nelson Jobim, presidente da Excelsa Cor-
te, que deferiu o pedido liminar formula-
do em sede de *habeas corpus* (HC nº 86.319),
beneficiando Silvio Pereira e Delúbio So-
ares, ambos à época membros do Partido
dos Trabalhadores. Anteriormente, a mi-
nistra **Ellen Gracie**, também do STF, já
havia deferido pedido liminar formulado
no *habeas corpus* (HC nº 86.232), impetra-
do em favor de Marcos Valério de Souza.

É inegável, pois noticiado às escân-
caras, que essas três pessoas estão entre aque-
las principais **acusadas** de operar o “men-
salão”, (suposto) esquema de desvio de
verbas públicas para corrupção de parla-
mentares e servidores públicos, que, se
comprovado, certamente será o mais ab-
jeto visto nesta República.

Essa malquerença em relação às duas
decisões do STF, demonstrada pelo dis-
tinto articulista, parece estar disseminada
em grande parte da sociedade.

Entretanto, as decisões dos ministros
Nelson Jobim e **Ellen Gracie** merecem
encômios, quer seja por irem de encontro
à expectativa da mídia e da (grande) parte
desinformada da sociedade, demonstran-
do assim salutar independência e altivez
daquela Corte, quer seja por terem inter-
pretado com retidão os dispositivos cons-
titucionais aplicáveis à espécie, notada-
mente o artigo 5º, inciso LXIII, da Carta

Magna, que garante o **direito ao silêncio** a
todos os acusados.

A bem da verdade, há que se esclarecer,
desde já, que o **direito ao silêncio** não sig-
nifica apenas a possibilidade do acusado
calar-se diante de seu inquiridor, mas até
mesmo a possibilidade dele **mentir** em seu
próprio benefício⁽²⁾.

Assegura-se, através dele, o princípio *nemo
tenetur se detegere*, ou seja, o resguardo con-
tra a auto-incriminação do **acusado**.

Por mais que sejam ignóbeis os atos
pretensamente praticados pelos **acusados**
acima citados, a sociedade não pode esque-
cer, e os operadores do direito têm o dever
de lembrá-la, que o Brasil constitui-se em
um **Estado Democrático de Direito**, como
significativamente ressaltam o preâmbulo
e o artigo 1º da Constituição Federal, que
também diz que a dignidade da pessoa
humana é um dos seus fundamentos.

O mesmo **Estado Democrático de Di-
reito** que permite a deposição de um Pre-
sidente da República, por meio do *impeach-
ment* (vocábulo que ora volta à tona), e a
criação de Comissões Parlamentares de
Inquérito, no exercício do controle parla-
mentar político-administrativo, deve as-
segurar a todos os indivíduos a fruição dos
direitos e garantias fundamentais previs-
tos na Constituição Federal⁽³⁾.

O **direito ao silêncio** está inserido no
rol daqueles direitos que o constituinte de
1988 houve por bem alçar à categoria de
fundamentais, e está também imbricado
com os princípios da dignidade, igualda-
de e liberdade da pessoa humana, sendo
seu principal destinatário o Estado e seus
representantes. A irrestrita observância dos
direitos humanos fundamentais é pressu-
posto inarredável de um verdadeiro Esta-
do Democrático de Direito.

Tanto é que a doutrina é remansosa no
sentido de que o indivíduo que está sendo
acusado da prática de um delito pode valer-
se desse direito constitucional e permane-
cer calado, até mesmo durante a instrução
processual⁽⁴⁾. A falta de informação ao acu-
sado desse direito pode acarretar, inclusi-
ve, a nulidade do ato processual praticado.

O próprio STF já se manifestou reitera-
das vezes acerca dessa questão⁽⁵⁾, não con-
sistindo as duas decisões ora analisadas pro-
priamente inovação jurisprudencial.

Esclareça-se que no HC nº 86.232 a
ministra **Gracie** expressamente ressaltou
que ficava “...assegurado o direito de se calar
sempre que a resposta à pergunta..., possa atin-
gir a garantia constitucional de não-auto-
incriminação”, ao passo que o ministro **Jo-
bim**, na mesma toada, disse que “...qual-
quer pessoa que preste depoimento em qual-
quer das esferas do Poder Público pode utili-
zar-se do direito ao silêncio para evitar a
auto-incriminação”.

A última questão que resta a ser anali-
sada é a total aplicação do **direito ao silên-
cio** àqueles que prestam depoimentos em
Comissões Parlamentares de Inquérito.

O texto constitucional já é elucidativo
nesse sentido, ao dizer, no artigo 58, § 3º,
que as CPIs têm poderes de investigação,
ou seja, instrutórios, próprios das autori-
dades judiciais, guardando os procedimen-
tos nela adotados certo paralelismo com o
processo penal, onde o **direito ao silêncio**
tem sua aplicação por excelência.

Especificamente em relação ao cabi-
mento da invocação do **direito ao silêncio**
àqueles que depõem em CPIs, já se mani-
festou, anteriormente, o STF⁽⁶⁾, quando
deixou assente que os poderes das CPIs,
por mais relevantes que sejam os fatos in-
vestigados, não podem violar os direitos e
garantias dos indivíduos.

Do mesmo modo que não há direitos
absolutos, tampouco há poderes absolu-
tos. Uns e outros são limitados e balancea-
dos pela Constituição Federal.

Se o acusado tem **direito ao silêncio**, o
Estado dispõe de meios suficientes, através
da Polícia Federal, Ministério Público,
Tribunal de Contas e Controladoria-Ge-
ral da União, para chegar à verdade dos
fatos, apurando a materialidade e autoria
de ilícitos que tenham sido praticados.

Do que foi dito, avulta a necessidade
dos operadores do direito, nesse momen-
to de crise e incerteza pelo qual atravessa
a sociedade, cerrarem fileiras na defesa
irrestrita da Constituição Federal e dos
direitos e garantias do indivíduo nela ins-
culpidos, dentre eles o direito que tem o
acusado ao silêncio. ●

Notas

- (1) Edição do dia 20/07/05, p. A9.
- (2) Nesse sentido, vide **CAPEZ, Fernando**. *Curso de Processo Penal*, 3ª ed., rev., atual., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 263.
- (3) Cabe aqui registrar que as garantias constitu-
cionais, dentre elas o *habeas corpus*, são os instru-
mentos que asseguram a fruição e a preservação
de um direito, no caso, o direito ao silêncio.
- (4) **FERNANDES, Antônio Scarance**. *Processo
Penal Constitucional*, 2ª ed., rev., atual., São Pau-
lo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 268; **GRI-
NOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, An-
tonio Scarance; MAGALHÃES GOMES FI-
LHO, Antonio**. *As Nulidades do Processo Penal*,
7ª ed., rev., atual., São Paulo: Revista dos Tri-
bunais, 2001, p. 82;
- (5) Dentre outras, pode-se citar as seguintes de-
cisões: HC nº 82.354, rel. min. **Sepúlveda Per-
tence**, DJ 24/09/04; HC nº 80.584, rel. min.
Néri da Silveira, DJ 06/04/01.
- (6) STF – Pleno, MS nº 23.576-4/DF, DJ 03/02/00,
e MS nº 23.452-1/RJ, DJ 16/09/99.

Adalberto Robert Alves

Procurador do Estado de São Paulo,
professor universitário, mestrando em
Direito Constitucional pela PUC/SP

A TORTURA NO INTERROGATÓRIO EXTRAJUDICIAL: ATÉ QUANDO?

Warley Belo

Warley Belo

“A acusação é apenas um infortúnio, enquanto não verificada pela prova. Daí esse prolóquio sublime, com que a magistratura orna seus braços, desde que a Justiça Criminal deixou de ser a arte de perder inocentes: Res Sacra Reus. O acusado é uma entidade sagrada.”
(Rui Barbosa, *Obras Completas*, vol. XIX, t. III, p. 113)

O interrogatório surge, historicamente, como meio de prova obrigatória e essencial. Chamada de *probatio probatissima*, *la Regina delle prove*, era regida pelo princípio *reus tenetur se accusare*, caracterizado pela possibilidade de utilização da tortura. O interesse do interrogante era extrair do acusado uma prova tranquilizadora: a confissão.

Juridicamente, o acusado era um objeto do processo. Arrancado do lar sem explicações, se transformava em esquife de suas aspirações. Saía da masmorra para ser conduzido à presença de um juiz que lhe fazia perguntas vagas sobre fatos que nem sempre conhecia⁽¹⁾. Era levado a responder ao que sabia e ao que ignorava. Ainda quando dissesse a verdade, não se livrava da acusação de estar mentindo ou haver caído em contradição.

Respondendo firme, era audacioso e petulante; tremendo, delinqüente confesso. À determinada hora só tinha uma preocupação: dizer o que o juiz quisesse ouvir e livrar-se da tortura. Saía da audiência e voltava ao calabouço escuro e sufocante. Retornava para fazer acareação com pessoas que, às vezes, nunca tinha visto e nem se sabia dos depoimentos. Aliás, nem sabia o teor da acusação. Acabava por confessar, não por ser realmente culpado, mas para se ver livre do tormento, ainda que lhe redundasse em pena de morte.

O processo era uma monstruosidade: costumes ferozes, leis desumanas, juízes desalmados, implacáveis, truculentos, fruto de uma mentalidade pervertida. E foram tantos os erros judiciários... O inocente uma vez condenado o era perpetuamente porque a vaidade dos juízes não permitia o reconhecimento do engano. O acusado, inocente ou culpado, era número desvalido ao qual se recusava a condição humana.

Séculos de estudos e experiências foram incapazes de melhorar a situação do suspeito. São nesses entrelaces que se vê a genialidade de **Foucault**⁽²⁾: “O interrogatório não é uma maneira de arrancar a verdade a qualquer preço; não é absolutamente a louca tortura dos interrogatórios modernos; é cruel, certamente, mas não selvagem. Trata-se de uma prática regulamentada, que obedece a um procedimento bem definido, com momentos, duração, instrumentos utilizados, cumprimentos das cordas, peso dos chumbos,

número de cunhas, intervenções do magistrado que interroga, tudo segundo os diferentes hábitos, cuidadosamente codificado”.

Hoje, os interrogatórios feitos nas delegacias, raras exceções, são a imagem certa do embrutecimento da alma humana, do aviltamento taciturno da busca da verdade real por meios civilizados.

O Judiciário tem sido, de certa forma, omissos na apuração desses casos de tortura para confissão extrajudicial. O Judiciário, muitas vezes, não leva a sério essa denúncia, como se fosse uma coisa secundária, a não demandar apuração. A hipotética obtenção de confissão mediante prática de tortura não pode ser discutida em sede de *habeas corpus*, que não comporta dilação probatória, sendo considerada, também, matéria estranha ao âmbito do Recurso Especial, a teor da Súmula 07/STJ.

Observe-se: o suspeito é torturado de forma a não deixar vestígios (socos no estômago, sufocamento com saco plástico, “telefone”, ameaças, choque, pauladas na sola dos pés, etc.). Se há, todavia, vestígios, o advogado faz requerimento ao juiz para expedição de guia para apuração das lesões; o médico do IML que, no interior e em algumas Capitais, trabalha, se não próximo, dentro do prédio da polícia, faz o exame e o resultado é quase sempre fantástico. E o suspeito ainda sofrerá as agruras pela impertinência da reclamação.

Confessado extrajudicialmente mediante tortura, confessado fica.

O pior é que, se confessa extrajudicialmente e retrata judicialmente, é condenado por aquela confissão, todavia sem direito à atenuante prevista no art. 65, inc. III, letra “d”, do Código Penal...

Nada ruim em um país em que temos decisões do seguinte jaez: “O silêncio do réu, quando interrogado na fase policial, direito constitucional que lhe foi assegurado, é comprometedor, pois o inocente brada desde logo sua inocência e apresenta eventual alibi ou justificativa de seu ato”⁽³⁾.

Consequência disso são os erros judiciários. Para não alongarmos, cita-se o caso do dono da Escola Infantil em São Paulo acusado de abuso sexual de menino de seis anos. Confesso na polícia, teve seu nome achincalhado na mídia nacional, sua casa e estabelecimento apedrejados, a família despojada de honra, para, ao final, ser considerado inocente...

Também o alarmante *Caso dos Irmãos Naves* (Sebastião e Joaquim), que passa pelo maior erro judiciário do País. Acusados, em 1937, “confessaram” a autoria do crime de latrocínio. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais condenou-os à pena de 15 anos e 6 meses de reclusão. Eis senão quando reaparece (em 1952), são e salvo, Bene-

dito Pereira Caetano, a pseudovítima⁽⁴⁾.

Entretanto, desde o final de junho de 2005, o artigo 304, CPP, passou a vigorar com nova redação, *concessa venia*, ainda longe dos ditames luzídios de que gostaria a Carta e a civilização jurídica brasileira. A Lei nº 11.113/05 é incapaz de, em pleno século XXI, extirpar concretamente a confissão extrajudicial como rainha das provas, “*peça valiosa na formação do convencimento judicial*”⁽⁵⁾.

Não é lei suficiente. Confissões de inocentes continuarão sendo arrancadas “*junto com as fibras musculares*”⁽⁶⁾.

Ideal mesmo seria extirpar o interrogatório de nossa legislação. Aliás, o Supremo Tribunal Federal, diante do texto constitucional, confirmou a validade do rito processual criminal adotado pelo Código eleitoral no qual não está previsto o interrogatório do réu. Mais recentemente⁽⁷⁾, aquela Corte reiterou que o réu tem o direito subjetivo de permanecer em silêncio, não podendo ser constrangido a responder a quaisquer perguntas que lhe forem formuladas por qualquer autoridade ou agente do Estado.

Urge, ainda, uma verdadeira revolução no interrogatório extrajudicial que consistiria na ciência clara do direito ao silêncio; de que qualquer manifestação que prestar poderá ser usada contra sua pessoa; de que tem direito a um advogado, antes de ser interrogado e durante o interrogatório; de que há a possibilidade da suspensão do interrogatório até a chegada do advogado e oportunidade de comunicar-se com este, reservadamente; de que seja concedido idêntico direito a quem não tenha recursos financeiros e, finalmente, registro estreme de dúvidas de eventual renúncia a esses direitos⁽⁸⁾.

A tortura, como meio de confissão, deve ceder ao brocardo latino “*Res Sacra Reus*”, sendo preferível, segundo a famosa sentença de **Berryer**, absolver muitos culpados a condenar um único inocente. ●

Notas

- (1) *A História das Inquisições*, Francisco Bethencourt.
- (2) *Vigiar e Punir*.
- (3) Apelação nº 1.288.149/1, São Paulo, 8ª Câmara, 13/12/2001, v.u. (Voto nº 6.279).
- (4) **João Alamy Filho**, *O Maior Erro Judiciário do Direito Brasileiro*, 1965.
- (5) RJDTACRIM40/221.
- (6) **Carlos Biasotti**, *Tributo aos Advogados Criminalistas*, p. 80.
- (7) *Habeas Corpus* nº 77.704.
- (8) Princípios esculpidos pela Suprema Corte dos EUA no caso *Miranda v. Arizona* [384 US 436 (1966)]. Veja **João Gualberto Garcez Ramos**, *Audiência Processual Penal*, p. 263.

Warley Belo

Advogado e mestre em Ciências Penais/UFGM

ESTATUTO DO DESARMAMENTO E AS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELAS GUARDAS MUNICIPAIS – ASPECTOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS

Paulo Tadeu Rodrigues Rosa

Paulo Tadeu Rodrigues Rosa

ESTATUTO DO DESARMAMENTO E AS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELAS GUARDAS MUNICIPAIS...

No Brasil assim como ocorre em outros países, Estados Unidos da América entre outros, *a polícia não é única*. Nos Estados-membros em regra existem duas polícias, a Polícia Civil e a Polícia Militar. Na União, a polícia divide-se em: Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal e Polícia Ferroviária Federal.

O legislador de 1988 resolveu reinstaurar as Guardas Cívicas, que existiram no passado e foram criadas para suprirem as lacunas deixadas pelas Forças Públicas, que na época mais se dedicavam às atividades de segurança interna. O policiamento urbano, trânsito, cinema, e as questões comunitárias, foram assumidas pelos guardas municipais por serem atividades essenciais para a preservação da integridade física e patrimonial do cidadão.

Segundo a norma constitucional, as Guardas Cívicas têm por objetivo preservar os próprios dos municípios, o que significa que estas corporações não podem exercer atividades de policiamento ostensivo e preventivo, que nos Estados-membros são exclusivas da Polícia Militar, ou mesmo atividades de Polícia Judiciária que são reservadas à Polícia Civil. Na União, cabe à Polícia Federal exercer as atividades de policiamento ostensivo e de polícia judiciária, conforme dispõe o art. 144, § 1º, incisos I, II, III e IV.

As Guardas Cívicas possuem a competência prevista no art. 144, § 8º, da Constituição Federal, e não integram os órgãos de segurança pública instituídos no art. 144, incisos I a V. O texto constitucional é claro, mas alguns estudiosos buscam uma interpretação extensiva que não encontra amparo legal quanto ao campo de atuação dos guardas municipais.

Em razão do aumento da criminalidade de que tem feito várias vítimas, os guardas municipais passaram ainda que de forma indevida a serem empregados em atividades de policiamento ostensivo como ocorre na cidade de São Paulo e em outros municípios espalhados pelo Brasil, inclusive com o emprego de armas.

A população que sente a violência no dia-a-dia não está preocupada com discussões acadêmicas. Para o cidadão não importa o posto, a graduação, a Corporação, daquele que irá atender a ocorrência. Os civis querem uma resposta por parte do Estado, não se preocupando com o título do agente que representa a administração pública.

O Estatuto do Desarmamento que tem por objetivo retirar das mãos da população as armas ilegais, princípio este que com certeza será estendido aos infratores que se encontram na marginalidade e nos morros das grandes cidades e periferias, com seus lança-granadas AR-15, AR-15 Baby, lançadores de foguete, entre outros artefatos e armamentos, estabeleceu que os guardas municipais não mais poderão utilizar armas de fogo.

Segundo a lei federal, art. 6º, somente em determinados municípios, em regra de médio e grande porte, é que os guardas municipais estarão autorizados a utilizar armas de fogo. Percebe-se que o novo texto apresenta incongruências e desconhece a realidade das ruas, onde o infrator não respeita os agentes da administração pública que não tenham condições de apresentar uma resposta quando esta for necessária.

Na realidade, o emprego das guardas municipais no sistema de segurança pública necessita ser regulamentado como prevê o próprio art. 144 da CF. Há muito tempo esta regulamentação poderia ter ocorrido por meio de emenda constitucional. Se mais de 40 emendas foram feitas, nada impede que uma outra seja apresentada, ainda mais em um campo tão essencial para os direitos e garantias fundamentais.

As atividades desenvolvidas pelas Guardas Municipais possuem relevância e merecem atenção do legislador. Se um vigia de banco tem o direito de utilizar uma arma de fogo no exercício de suas funções este direito não deve ser negado a um guarda municipal que estará no exercício de suas atividades defendendo o patrimônio do município, que muitas vezes possuem um valor inestimável.

Apenas a título de elucidação, imagine como deverá atuar um guarda municipal que no interior de uma cidade do Estado de Minas Gerais se depare com um grupo de pessoas tentando furtar uma obra sacra do interior de uma Igreja. Se o grupo estiver armado e atirar contra o guarda municipal como este agente do Estado deverá reagir? Por força do Estatuto do Desarmamento se for uma cidade de pequeno porte, ele deverá sair correndo, ou buscar reforço com algum tacape ou estilingue que esteja ao seu alcance.

No ano de 2002, quarenta e uma mil pessoas foram assassinadas, um número

bem superior aos soldados americanos mortos nas duas edições da guerra do Iraque, o que demonstra que o País enfrenta ainda que de forma velada uma guerrilha urbana, onde o inimigo não mostra o seu rosto, mas pode a qualquer momento fazer uma nova vítima.

Apesar da ausência de regulamentação as Guardas Municipais não podem e não devem ser excluídas das atividades de segurança pública que são desenvolvidas junto aos hospitais municipais, postos de saúde, repartições públicas, escolas municipais, entre outros, que são essenciais para as pessoas que vivem nos municípios.

O uso das armas de fogo é uma prerrogativa dos órgãos policiais e das Forças Armadas como ensina **Otto Mayer**, mas esta prerrogativa não pode ser negada aos guardas municipais independentemente de o município possuir ou não um determinado número de habitantes.

A integridade física e patrimonial do cidadão é uma garantia fundamental que deve ser preservada. Não basta apenas desarmar a população, é preciso criar as condições necessárias que possam levar a uma vida onde o medo não seja uma constante, e o retorno ao lar com segurança seja uma realidade.

Aos agentes que integram as forças de segurança e aos guardas municipais deve ser assegurado um tratamento que permita o exercício efetivo de suas funções, sem que estes fiquem sujeito à ação dos grupos criminosos que não mais respeitam as autoridades constituídas, como ficou evidenciado com a morte dos juizes de Direito dos Estados de São Paulo e Espírito Santo.

A vida e a liberdade são o maior bem que o cidadão possui. A preservação delas é um dever do Estado. As forças de segurança devem atuar no exercício de suas competência com os meios e os instrumentos necessários, sem limitações que possam impedir o exercício efetivo das funções para as quais foram criadas. ●

Paulo Tadeu Rodrigues Rosa

Juiz de Direito da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, respondendo pela Titularidade da 2ª AJME, professor de I.E.D e de Direito Penal Militar na Academia de Polícia Militar de Minas Gerais, mestre em Direito pela UNESP e membro fundador da Academia Mineira de Direito Militar

A Emenda Constitucional nº 45, entre outras modificações, instituiu expressamente em nosso ordenamento o direito à razoável duração do processo (CF, art. 5.º, LXXVIII). Tal disposição já estava prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil, nos arts. 7.5. e 8.1. Contudo, a previsão expressa veio em boa hora, pois elimina as discussões a respeito da hierarquia da garantia em apreço, agora indubitavelmente de nível constitucional.

A idéia de ser julgado em prazo razoável no processo penal traz em seu bojo, a sempre angustiante questão de qual é o prazo máximo que o réu pode esperar preso até a decisão definitiva, ou seja, qual o limite máximo da prisão provisória. Essa questão talvez seja até mais grave que a indefinição da duração do processo, pois afeta diretamente o direito à liberdade daqueles que ainda são presumidamente inocentes.

Em nossa legislação, ao contrário do que acontece em outros países, não existe um prazo determinado de duração da prisão processual. Em um passado relativamente recente, sustentava-se que a soma dos prazos do procedimento ordinário do CPP (81 dias) seria o limite máximo que o réu poderia permanecer preso sem julgamento. Atualmente, o único limite aplicado na jurisprudência, geralmente para justificar a prolongação da prisão do acusado, é o inferido através do princípio da razoabilidade.

No entanto, a razoabilidade é um conceito aberto, que não foi ainda devidamente delimitado, o que dá margem a um grande subjetivismo na sua interpretação. A insegurança causada pela porosidade do conceito em apreço é indubitável, não havendo consenso em nosso sistema penal quanto ao prazo máximo da prisão provisória. Nesse contexto, o presente artigo visa encontrar, baseado no princípio da proporcionalidade e na pena em perspectiva, o almejado limite máximo da prisão processual.

Primeiramente, em respeito ao princípio da proporcionalidade, é inconcebível que a pena definitiva seja mais branda que a sanção imposta a título de prisão provisória⁽¹⁾. Dessa forma, se durante o processo se prevê que a pena possivelmente aplicada não será privativa de liberdade ou, se privativa de liberdade, será fixada em regime aberto, qualquer prisão processual, seja cautelar ou não, deverá ser relaxada.

Na perspectiva de regime semi-aberto, a princípio também não deveria ser possível a prisão processual, pois a mesma seria mais grave que a pena definitivamente imposta. Na prática, contudo, tal medida poderá ser possível quando o réu, em liberdade, praticar condutas que seriam incompatíveis com o próprio regime semi-aberto em perspectiva (v.g., tentar fugir,

impedindo a aplicação da lei penal), o que, diante de uma condenação em definitivo, configuraria causa de regressão de regime.

O problema surge quando a pena em perspectiva for privativa de liberdade em regime fechado. Antes de tudo, e isto é relativamente pacífico, se o juiz perceber que o total da reprimenda reclusiva será mais curto que a prisão provisória até o momento imposta ao réu, deverá o mesmo relaxar a prisão, em respeito ao princípio da proporcionalidade.

Ocorre que parte dos delitos possui pena em perspectiva bastante elevada, mas o condenado cumpre apenas parte dela em regime fechado, não sendo portanto o *quantum* total da pena por si só, limite idôneo para estipular o tempo limite da prisão provisória. Sendo assim, o critério mais justo para determinar o prazo máximo da prisão processual é o de considerar a eventual progressão de regime que o réu terá direito se for condenado. Somente desta forma se elimina a possibilidade da prisão processual ser mais grave do que a prisão com trânsito em julgado da sentença condenatória.

Seguindo o raciocínio acima exposto, a primeira questão que desponta é de como calcular a eventual reprimenda. A fixação da pena em perspectiva deve ser feita, após o indispensável contraditório das partes, com os elementos que o juiz até o momento tem em mãos. Ressalta-se que dificilmente a prova produzida no processo, com ampla defesa, será mais prejudicial ao réu do que a produzida no inquisitivo inquérito policial (IP). Sendo assim, se os elementos do IP indicarem uma pena, dificilmente tal reprimenda será agravada por provas produzidas no processo, o que fornece bastante segurança para o juiz calcular a pena em perspectiva, mesmo com apenas os dados obtidos no IP.

Outra questão está em saber se o réu, de fato, progrediria de regime se estivesse condenado definitivamente. Para analisar tal questão, podem ser produzidas várias provas, principalmente no sentido de saber sobre o comportamento do preso provisório através de parecer do responsável pelo estabelecimento carcerário onde o acusado encontra-se preso.

Com o abrandamento dos requisitos para a progressão de regime trazidas pela reforma da LEP (por exemplo, não há mais exigência de exame criminológico), fica perfeitamente factível a análise de eventual progressão de regime, ainda que feita na fase processual. Inclusive, em São Paulo, é prática comum a execução provisória da sentença não definitiva, sendo que o acusado pode progredir de regime mesmo não tendo sua situação judicial definida. Nada impede que tal lógica seja seguida antes da sentença, mesmo porque seria incoerente

um entendimento mais rigoroso para aqueles que ainda não foram condenados na instância de conhecimento (não se considerar eventual progressão de regime para delimitar o prazo máximo da prisão provisória) do que para aqueles acusados que já foram considerados culpados em primeira instância (considerar a progressão de regime, efetivando-a quando cabível).

Em suma, o prazo máximo da prisão processual deve ser fixado pelo tempo que efetivamente o acusado, se condenado, cumprirá em regime fechado. Por exemplo, um réu primário acusado por roubo, sem nenhuma circunstância agravante, terá provavelmente, se condenado, uma pena de 4 anos de reclusão, geralmente fixada em regime fechado⁽²⁾. Dessa forma, o prazo máximo de eventual prisão provisória não deve ultrapassar 8 meses (um sexto de 4 anos), mesmo que haja motivos para a prisão cautelar (se não houver motivo idôneo, é evidente que deve ser concedida a liberdade provisória antes). A única justificativa para ultrapassar este prazo é a existência de indícios de que o réu não progrediria de regime no prazo mínimo estipulado, o que não é a regra na maioria dos casos. Sendo assim, criar-se-á um critério definido (o tempo máximo de prisão processual é o tempo mínimo estimado para progredir de regime), de acordo com o caso concreto e eventual reprimenda a ser fixada nas circunstâncias de cada caso. Cabe ressaltar que nada impede, por razoabilidade pró réu (indispensável, p. ex., nos casos de imensa pena em perspectiva), que considere-se em casos específicos, prazos máximos menores para a prisão sem trânsito em julgado da sentença condenatória.

Importante ressaltar que não se trata de querer que a prisão provisória transforme-se em descabida pena antecipada. O objetivo é tornar a pena em perspectiva, a ser cumprida em regime fechado, um limite máximo e irrefutável para o tempo de encarceramento durante o processo, abrandando o sofrimento daqueles que não sabem o quanto vão ficar na cadeia sem culpa formada e tentando contribuir para delimitar o ainda movediço terreno da razoabilidade do tempo da prisão processual. ○

Notas

(1) Nesse sentido, afirma **Scarance Fernandes** (*Processo Penal Constitucional*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2002, p. 321) que a “regra da proporcionalidade impõe que as exigências cautelares sejam graduadas de acordo com a gravidade do crime e sanções que poderão ser aplicadas”.

(2) Sobre a tendência de fixação da pena de roubo em regime fechado, v. o estudo do **IBCCRIM** e do **IDD**, *Decisões Judiciais nos Crimes de Roubo em São Paulo*, São Paulo, 2005.

*"No momento de marchar,
muitos não sabem
Que seu inimigo marcha à sua frente.
A voz que comanda
É a voz de seu inimigo.
Aquele que fala do inimigo
É ele mesmo o inimigo."*
Bertolt Brecht

1 - Introdução

Em instigante lição sobre Filosofia do Direito tivemos a oportunidade de conhecer o ensinamento de **Gofredo Telles Jr.** no sentido de que *"o Direito é a arte da convivência humana"*⁽¹⁾. Partindo desta constatação, percebe-se o quão difícil é a qualquer pessoa conceber um conhecimento profundo do Direito.

A cognição do Direito não se resume assim às leis, às doutrinas, à jurisprudência e nem mesmo às ciências como a Sociologia, a Medicina, a Psicologia, etc. O conhecimento absolutamente relevante ao jurista estaria ligado ao seu arcabouço de experiências relacionadas ao convívio humano, aos sentimentos, às ações e reações das pessoas frente às mais diversas realidades.

Entretanto, um ingente obstáculo surge para a obtenção desse tipo de experiência. Este obstáculo consiste no fato de que a grande maioria das pessoas não têm a oportunidade de viverem experiências que lhes permitam um real conhecimento dos extremos da vida. Uma mediania ou mediocridade é normalmente a característica da vida das pessoas. Poucos são aqueles que têm a oportunidade de experimentar um ato de heroísmo ou de extrema covardia; a opulência e a miséria absoluta; um grande amor e o ódio profundo...

Mesmo aqueles que possam eventualmente passar por um dos extremos citados, normalmente desconhecem o oposto por experiência própria. O estudo da convivência humana, passando pela compreensão do "outro", torna-se bastante difícil e não encontra solução nos manuais nem nas leis.

Mas como poderia o pretenso jurista buscar uma formação que lhe possibilite suplantar um limite inerente à sua condição humana?

Gofredo Telles Jr.⁽²⁾ aponta o caminho da literatura, pois haveria pessoas de sensibilidade extraordinária capazes de retratarem os mais diversos sentimentos com uma fidelidade incrível, possibilitando a todos uma vivência quase autêntica de situações às quais jamais poderiam ter acesso no decorrer de uma vida pobre em experiências reais.

Fernando Pessoa em "Autopsicografia" nos apresenta essa característica dos literatos ao dizer:

*"O poeta é um fingidor
Finge tão completamente
Que chega a fingir que é dor
A dor que deveras sente"*⁽³⁾.

2 - Um retrato atual

Charles Dickens, tendo como pano de fundo a história da Revolução Francesa, introduz seu romance de maneira antológica, revelando a ambigüidade das conseqüências de um movimento defensor de valores tão apreciados, mas que também produziu atos de barbárie e monstruosidade.

Vale a transcrição:

"Aquele foi o melhor dos tempos, foi o pior dos tempos; aquela foi a idade da sabedoria, foi a idade da insensatez, foi a época da crença, foi a época da descrença, foi a estação da Luz, a estação das Trevas, a primavera da esperança, o inverno do desespero; tínhamos tudo diante de nós, tínhamos nada diante de nós; íamos todos direto para o Paraíso; íamos todos direto no sentido contrário — em suma, o período era em tal medida semelhante ao presente que algumas de suas mais ruidosas autoridades insistiram em seu recebimento, para o bem ou para o mal, apenas no grau superlativo de comparação"⁽⁴⁾.

Mais recentemente **Enzensberger** narra a odisséia do personagem Robert que em viagens pelo tempo se depara com várias passagens históricas e conclui *"que as pessoas, não importa a época em que vivem, são capazes de cometer as piores atrocidades e de realizar as maiores maravilhas"*⁽⁵⁾.

Tudo isso pode ser um excelente material para compreender a ambigüidade da nossa atual realidade no campo penal, onde grassam iniciativas tendentes a um estudo sensato de alternativas e da pesquisa dos legítimos fins e aplicações do Direito Penal, ao lado de um abominável "Direito Penal Simbólico", com seus ardorosos defensores que pretendem fazer tábula rasa dos direitos e garantias individuais, em nome da pretensa solução de todos os problemas pela repressão penal como "prima ratio". No dizer de **Silva Franco**, *"o pampenalismo, isto é, a utilização do Direito Penal como uma espécie de 'panaceia para todos os males'"*, que, *"quando não traduz uma bastardização deste instrumento de controle social, pode representar uma completa desmoralização decorrente de sua inoperância e ineficácia"*⁽⁶⁾.

3 - Um diagnóstico

Claudio Ribeiro Lopes⁽⁷⁾ aponta um chamado *"efeito pendular das ações e rea-*

ções sociais" que teria se manifestado num primeiro momento *"quando da elaboração da atual Carta Política, após mais de duas décadas vivenciadas pela sociedade brasileira sob a égide do autoritarismo. Foi assim que se inseriram princípios e dispositivos garantísticos, protetores dos direitos e garantias individuais, na Constituição, alguns dos quais receberam, por força do 'princípio do pêndulo', exacerbada importância"*.

Passado o tempo, segundo o autor, vivenciamos hoje um novo movimento pendular, agora oposto. *"Até mesmo o Pretório Excelso tem entendido, lamentavelmente, que algumas daquelas normas e princípios não seriam tão absolutos assim. (...) O grave problema é que, (...), em breve estaremos cogitando e procurando legitimar barbáries em sede de Direitos Humanos, tudo em nome da 'tolerância zero', da 'proteção do Estado', dentre outros motivos pretensamente legítimos"*.

Nem mesmo o caráter claramente apelativo dessa última tendência é capaz de evitar que operadores do Direito e estudiosos sejam seduzidos, certamente muito mais por efeitos retóricos do que pelo valor científico dos argumentos.

Essa aplicação artificiosa e negativa da retórica é apontada por **Perelman**⁽⁸⁾ como a responsável pelo seu alijamento das preocupações da Filosofia, pois que *"sua utilização estigmatizaria os ramos do saber que dela se servem, como áreas imperfeitamente constituídas, ainda em busca de seu método e não merecedoras do nome de Ciência. Não é de espantar que esse estado de espírito tenha desviado os lógicos e os filósofos do estudo da argumentação, considerada indigna de suas preocupações, deixando-o por conta dos especialistas da publicidade e da propaganda, que caracterizavam sua falta de escrúpulos e sua oposição constante a qualquer busca sincera da verdade"*.

Não obstante, a obra citada tem em si a iniciativa da recuperação do prestígio da retórica como instrumento imprescindível à manifestação coerente do pensamento em qualquer ramo do conhecimento. O autor lembra a provisoriedade e falseabilidade das teorias científicas, concluindo que a sua fundamentação filosófica não se deve basear *"em verdades definitivas e indiscutíveis"*, partindo *"do fato de que homens e grupos de homens aderem a toda espécie de opiniões com uma intensidade variável, que só é conhecida quando posta à prova"*⁽⁹⁾.

Portanto, a argumentação deve ser valorizada porque instrumento de transmissão de idéias e convencimento. Mas sua coerência e sinceridade devem ser sempre postas à prova. Nenhuma teoria

é imune a críticas ou defesas argumentativas, mas sua validade freqüentemente poderá ser aferida pela espécie de estratégia de convencimento utilizada para sua aceitação.

E quais têm sido as vias dos defensores do agigantamento do Direito Penal, do aumento de penas e de instrumentos repressivos como solução de todos os males?

Suas condutas pautam-se em regra pelo sensacionalismo, pelo palavreado belicoso, sendo notáveis os discursos inflamados, supostamente indignados, chegando à beira da histeria, divulgados diuturnamente pela mídia.

Já bem lembrava **Carlos Maximiliano** que “apaixonar-se não é argumentar”. “Exaltar, enaltecer com entusiasmo, ou mal-dizer, destratar com veemência não é argumentar; será uma ilusão de apaixonado, ou indício de inóipia de verdadeiras razões”.⁽¹⁰⁾

A resposta fácil, embora errônea; o discurso que contorna a polêmica, embora enganador; a imagem popular, embora falsa, certamente são características marcantes e atrativas de posicionamentos que poderão ainda produzir conseqüências altamente funestas à valorização do ser humano.

Em arremate e confirmando as lições que a literatura nos pode propiciar, podemos lembrar novamente **Dickens**⁽¹¹⁾ ao destacar: “*Liberdade, Igualdade, Fraternidade ou Morte; a última, muito mais fácil de conceder do que as outras,...*”

4 - Conclusão

O uso do Direito Penal, este instrumento extremo, como uma via fácil para a demonstração da suposta característica atuante de certos políticos, vem se constituindo em um dos grandes males do nosso País. As soluções reais sequer entram na pauta de discussão, enquanto algum oportunista acena com mais uma lei penal ou com o maior rigor emprestado a uma lei penal ou processual penal já vigente por meio de alterações pontuais.

É urgente que os políticos (legisladores) entendam que a grandeza do estadista está no reconhecimento de que ele é o “responsável pela liberdade”⁽¹²⁾ e não o seu “coveiro”⁽¹³⁾. Mas, para isso seria necessário um quase milagre, pois o que temos é um modelo de político “fazedor de leis” que **Jaspers** classificaria como de “baixo nível”, daquela espécie que simplesmente “segue a linha de menor resistência e faz o que promete maior vantagem”, ao reverso do “grande político”, que, “em tensão, encontra a forma de agir que lhe permite auto-afirmar-se, elevando-se a seu povo e a si mesmo à dignidade do humano. Ele não pode abandonar-se à ‘Realpolitik’, ao oportunismo. Não admite comprometer moralmente a comunidade nacional pela prática de atos repreensíveis, ainda que, de momento, pareçam convenientes. Por meio de seu próprio agir, educa seus concidadãos. Não se agarra ao poder a qualquer preço, quando sua consciência política e moral lhe proíbe subscrever o que é contrário à dignidade e aos interesses da nação”⁽¹⁴⁾.

Navegando em nosso mar de mediocridade e demagogia, não é de estranhar que, finalmente, alguém proponha um projeto de lei para solucionar todos os problemas brasileiros. Quem sabe esse “nobre” legislador utilize os versos de **Chico Buarque** na canção “João e Maria”:

“E pela minha lei
a gente era obrigado a ser feliz”.

E assim então a violência, a desigualdade, a pobreza, o analfabetismo, o abandono da saúde e da educação públicas, entre outros males, certamente estariam todos resolvidos. Afinal, “a gente” seria obrigado por lei a ser feliz!

O único risco seria que tudo acabasse melancolicamente como acontece nos versos finais da poesia de **Chico Buarque**:

“Agora era fatal
Que o faz-de-conta terminasse assim
Pra lá desse quintal
Era uma noite que não tem mais fim”.
Antes que isso tudo aconteça seria bom

que os legisladores e os operadores do Direito (re)descobrissem que tratam com uma ciência humana por excelência e que precisam de muito mais que o conhecimento e a produção de leis frias e abstratas para tratar com os problemas que devem enfrentar: os problemas que compõem a complexidade do ser humano. ●

Notas

- (1) Aulas da disciplina de Filosofia do Direito do Curso de Mestrado em Direito Ambiental e Social da Unisal, sob a orientação do professor dr. **Luis Alberto Peluso**.
- (2) *Ibid.*
- (3) **PESSOA, Fernando**. *Melhores Poemas*, seleção de **Tereza Rita Lopes**, São Paulo: Global, 1996, p. 43.
- (4) *Um Conto de Duas Cidades*, trad. **Sandra Luzia Couto**, São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 19.
- (5) **ENZENSBERGER, Hans Magnus**. *Por Onde Você Andou, Robert?*, trad. **João Azenha Jr.**, São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 217.
- (6) **FRANCO, Alberto Silva**. *Crimes Hediondos*, São Paulo: RT, 1994, pp. 36-37.
- (7) **LOPES, Cláudio Ribeiro**. “O Direito Penal simbólico pragmático e o ‘terrorismo’ estatal”, *Boletim IBCCRIM*, 87/7, fev. 2000.
- (8) **PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie**. *Tratado da Argumentação - A Nova Retórica*, trad. **Maria Ermantina Galvão**, São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 577.
- (9) *Ibid.*
- (10) **MAXIMILIANO, Carlos**. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 277.
- (11) **DICKENS, Charles**, *Um Conto de Duas Cidades*, p. 288.
- (12) **JASPERS, Karl**. *Introdução ao Pensamento Filosófico*, trad. **Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota**, São Paulo: Cultrix, 1971, p. 68.
- (13) *Ibid.*, p. 71.
- (14) *Ibid.*, p. 69.

Eduardo Luiz Santos Cabette

Delegado de Polícia, mestre em Direito Social e professor de Direito Penal e Processo Penal na graduação e pós-graduação da Unisal

IV CONGRESSO DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, CURITIBA/PR 28 A 30 DE SETEMBRO

A Universidade Federal do Paraná - UFPR realizará, de 28 a 30 de Setembro, o **IV Congresso de Direito Penal e Processual Penal do Programa de Pós-graduação em Direito**, cujo tema será: *Novos caminhos do Direito Penal e do Direito Processual Penal a partir da Constituição da República: a resistência democrática à violação dos direitos e garantias individuais*.

Coordenação: Prof. Dr. **Jacinto Nelson de Miranda Coutinho** – Chefe do Departamento de Direito Penal e Processual Penal da UFPR.

Local: Universidade Federal do Paraná

Praça Santos Andrade, nº 50 - Centro - Curitiba - Paraná

Mais informações: www.ibccrim.org.br ou (041) 3310-2690, (041) 3310 2728 ou (041) 3310 2685

*“Minha vida é um grande playground,
onde eu só posso ‘brincar de fora’:
fora da vitrine, da loja, da padaria.
A vitrine é o lugar das coisas que eu
não posso ter. Não estou na paisagem.
Sou apenas um contraponto que
reafirma a vida real dos outros.
De algum modo, sou útil.
Nem sei que sou infeliz.
Para mim, minha vida é normal.
Os outros é que se sentem anormais na
minha presença. Eu não tenho
pena de mim mesmo; por isso,
os outros ficam tão culpados (...).
As pessoas preferiam que eu não existisse.
Percebo isso com encanto, quando sou
expulso de uma loja, ou quando
ignoram minha presença.
Eu percebo que estrago a festa.
Eu sou o Outro total, o Outro completo,
tão ‘outro’ que não posso ser visto.
Não tenho espelho, nada me reflete”⁽¹⁾.*

O trecho acima transcrito, extraído da crônica “Eu Sou um Leãozinho que ainda não Morde”, da lavra de **Arnaldo Jabor**, apresenta-se em perfeita consonância com a realidade de grande parte das crianças brasileiras, cujas precárias condições de desenvolvimento têm sido o cerne dos mais variados debates, principalmente agora, quando o “Estatuto da Criança e do Adolescente” completa seus quinze anos. Frente à crescente criminalidade infanto-juvenil, o êxito da Lei nº 8.069/90 tem sido alvo de diversos questionamentos, motivando variadas proposições, especialmente no sentido de se promover a diminuição da menoridade penal.

Mais uma vez, o que se observa por parte daqueles que defendem este posicionamento é uma visão reducionista da questão e a tentativa de implementar mais uma política criminal simbólica, com o nítido objetivo de angariar votos e nenhuma preocupação em atacar as raízes de um problema social, que, em parte, apresenta-se de fácil diagnóstico.

Distintamente do que propaga o legislador e grande parte da mídia brasileira, claramente comprometidos com a manutenção de um *status quo* que se afigura insustentável, a solução para o problema da criminalidade da criança e do adolescente não está na produção em massa de leis penais mais rígidas, mas na maior atenção do Estado com a instituição da família e com a garantia de acesso a uma educação pública ampla e de qualidade, que assegure a igualdade de oportunidades a todos, de modo a efetivar o

princípio constitucional da isonomia.

As origens de nossa banalizada criminalidade encontram clara explicação psicossociológica, remetendo-nos à constatação de uma ruptura generalizada com o pacto edípico e, conseqüentemente, com o pacto social, situação que se observa catalisada pelo modelo capitalista globalizante em que navegamos, estando à beira do naufrágio. O quadro é grave, em especial nos grandes centros urbanos, onde o abismo que diferencia as classes socioeconômicas é mais aparente, e a influência do capitalismo mostra-se agigantada.

Para melhor transparecer o que se entende por ruptura com o pacto edípico e social, valiosas são as palavras proferidas por **Hélio Pellegrino**⁽²⁾:

“A ruptura com o pacto social, em virtude de sociopatia grave — como é o caso brasileiro —, pode representar a ruptura, ao nível do inconsciente, com o pacto edípico. Não nos esqueçamos que o pai é o primeiro e principal representante, junto à criança, da Lei da Cultura. Se ocorre, por retroação, uma ruptura, fica destruída, no mundo interno, o significante paterno, o Nome-do-pai, e em conseqüência o lugar da lei. Um tal desastre psíquico vai implicar o rompimento da barreira que impedia — em nome da lei — a emergência dos impulsos delinqüenciais pré-edípicos. Assistimos a uma verdadeira volta do recalado. Tudo aquilo que ficou reprimido — ou suprimido — em nome do pacto com o pai, vem à tona, sob forma de conduta delinqüente e anti-social”.

A família brasileira enfrenta grave crise, mais facilmente identificável no extremo inferior da pirâmide socioeconômica, onde se situam aqueles extremamente pobres e os miseráveis que, digase, são muitos. A corrida pela sobrevivência, ou a inexistência de meios suficientes para o sustento de uma prole vem apresentando à sociedade várias gerações de filhos de pais ausentes, que, apesar de desprovidos de condições econômicas mínimas, não se vêem livres do bombardeio de informações que lhes impõe um *querer ter* ilimitado, próprio do modelo capitalista vigente, que não distingue seus

alvos. Na impossibilidade de satisfazer esse desejo inculcado junto aos pais, como fariam os filhos dos grupos mais abastados, muitas das vezes, os rebentos das classes socioeconômicas inferiorizadas ingressarão na criminalidade à procura de uma identidade, que não lhes fora conferida pela sociedade, e do êxito material, cujo acesso por meios legítimos não lhes foi assegurado pelo sistema, o qual cui-

dou, entretanto, de lhes impor a conquista e o modelo de sucesso. Daí a célebre frase atribuída a **Hélio Luz**, ex-secretário de segurança pública do Rio de Janeiro: *“o pobre é convidado para a festa, mas é barrado na porta”.*

Nascendo na miséria, muitas crianças sequer

contam com uma figura que possa representar o Nome-do-pai a que se refere **Hélio Pellegrino** e, assim, nelas fixar a lei, de modo a prepará-las para o saudável ingresso na vida social. Tal condição implica o inevitável e grave comprometimento do superego desses indivíduos que nunca viram suas fantasias onipotentes interditadas e que continuarão se comportando com base nesta ausência de limites internos.

Caracteriza-se o superego por ser, tal como definiu **Freud**, uma das instâncias da personalidade, que funciona como uma espécie de censor em relação ao ego. Compreendendo as interdições parentais do pacto edípico, o superego constitui a lei e a proibição de sua transgressão, ao qual são acrescidos os interditos socioculturais.

Esta falta de cerceamento interno, aliada à busca pela identidade que, no paradigma capitalista, só poderá ser alcançada a partir da posse desenfreada de bens consumíveis, cria um indivíduo que, sem acesso aos meios legítimos de consecução do sucesso imposto, não respeitará limites a conter sua ação. Sem o reconhecimento do outro e, portanto, sem identidade que os situe no mundo, os meninos e meninas que já nasceram marginalizados não hesitarão em buscar seu espelho no submundo do crime, onde fatalmente serão acolhidos.

A reunião entre os igualmente margi-

nalizados constitui um núcleo de poder embasado na força, que possibilitará aos nele infiltrados o reconhecimento mútuo, o respeito externo (pelo medo) e o alcance de seus objetivos materiais. Afinal, quem é o exemplo de alcance fácil do sucesso exigido pela sociedade mais próximo destas crianças: o traficante e o praticante de roubos, reconhecidos e respeitados em seu ambiente, ou o professor, desvalorizado e inferiorizado pelo poder público e pela comunidade?

Assim, em busca de sua identidade e de seu reconhecimento pessoal, que acreditam vir do ténis de marca ou do carro da moda, muitas das crianças e adolescentes pregarão em armas ou sucumbirão às tentações do tráfico de drogas. Com desejos ilimitados e destituídos de perspectivas maiores, que não a da satisfação imediata de seu prazer, temos formado um exército de camicases, que lotam os institutos médico-legais com seus corpos e também com os daqueles integrantes das castas sociais mais privilegiadas, que nunca os reconheceram como iguais e cujas vidas nada lhes representa.

Apresentado o problema, necessária a pergunta: qual seria a solução ou uma das soluções? A princípio, pode-se responder que certamente ela não está na criação ou no recrudescimento das leis penais. Aliás, de se destacar que a inflação penal legislativa decorrente do “Movimento de Lei e de Ordem”, que inspira o legislador há cerca de quinze anos, e a óbvia ineficácia desta política só tendem a agravar o quadro instaurado, haja vista o incremento da sensação de impunidade. Já não há cárcere, polícia ou aparato de justiça criminal suficiente à efetivação de tantas leis penais, sendo impossível se cogitar a extensão do alcance destas aos menores de dezoito anos.

Defendo que uma das soluções viáveis e, frise-se, a mais importante, mesmo que

não garanta votos para o próximo certame eleitoral por ser realizável a longo prazo, consiste na concentração de esforços do poder público no trabalho de promover a socialização e conscientização especialmente das crianças e adolescentes em situação de risco. A assistência às famílias e a garantia de uma educação de qualidade e cultura são os únicos instrumentos que podem assegurar a estes menores a construção de uma identidade sólida, internalizando-lhes as regras de convivência em sociedade e oportunizando-lhes o acesso aos meios legítimos de se obter êxito pessoal, com o desenvolvimento de suas potencialidades. Trata-se, tão-somente, da implementação e efetivação de fundamentos e princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e a isonomia, os quais vêm sendo relegados por nossos políticos, que mais se atêm a práticas fisiológicas, perpetuando um vício histórico descrito com maestria por **Sérgio Buarque de Holanda** e cujas raízes remontam aos tempos do Brasil imperial. 

Notas

- (1) **JABOR, Arnaldo.** *Sanduíches de Realidade e Outros*, 9ª ed., Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, pp. 141/142.
- (2) Do texto *Pacto Edípico e Pacto Social (Da Gramática do Desejo à Sem-Vergonhice Nacional)*, elaborado por **Hélio Pellegrino** em pronunciamento feito no Teatro Ruth Escobar, em 8 de julho de 1983, durante debate sobre a peça *Édipo* — *Rei de Sófocles*.

Domingos Barroso da Costa

Assessor junto à 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, bacharel em Direito pela UFMG e especialista em Criminologia pelo Instituto de Educação Continuada da PUC-Minas/Acadepol-MG e em Direito Público, pela UniGranRio/Praetorium

9º CONCURSO IBCCRIM DE MONOGRAFIAS JURÍDICAS

Mantendo sua tradição de incentivar a produção científica, o **IBCCRIM** declara que a monografia vencedora do 9º Concurso foi: “*A violência do Sistema Penitenciário Brasileiro Contemporâneo: o Caso RDD (Regime Disciplinar Diferenciado)*”. A autora é **Christiane Russomano Freire**, graduada em História e Direito pela PUC/RS, com especialização em Ciência Política e mestrado em Ciências Criminais, também na PUC/RS.

A premiação dar-se-á no encerramento do **11º Seminário Internacional do IBCCRIM**, quando será entregue um exemplar da monografia vencedora a cada um dos participantes.

Parabéns ao vencedor.



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**
E-mail: cestadual.ac1@ibccrim.org.br
- **AMAPÁ**
• **João Guilherme Lages Mendes**
E-mail: cestadual.ap1@ibccrim.org.br
- **AMAZONAS**
• **Ana Beatriz Baraúna Lopes**
E-mail: cestadual.am1@ibccrim.org.br
• **Fabiola Montecónrado Ghidalevich**
E-mail: cestadual.am2@ibccrim.org.br
- **BAHIA**
• **Elmir Duclerc**
E-mail: cestadual.ba1@ibccrim.org.br
• **Selma P. de Santana**
E-mail: cestadual.ba2@ibccrim.org.br
- **CEARÁ**
• **Fernando Luiz Ximenes Rocha**
E-mail: cestadual.ce1@ibccrim.org.br
- **DISTRITO FEDERAL**
• **Carmen da Costa Barros**
E-mail: cestadual.df1@ibccrim.org.br
• **Helôisa Estellita**
E-mail: cestadual.df2@ibccrim.org.br
- **MARANHÃO**
• **Themis Maria Pachêco de Carvalho**
E-mail: cestadual.ma1@ibccrim.org.br
- **MINAS GERAIS**
• **Liliane Cristina de Oliveira**
E-mail: cestadual.mg1@ibccrim.org.br
• **Marcelo Leonardo**
E-mail: cestadual.mg2@ibccrim.org.br
- **PARÁ**
• **Edmundo Oliveira**
E-mail: cestadual.pa1@ibccrim.org.br
- **PARAÍBA**
• **Felipe Augusto Forte Negreiros Deodato**
E-mail: cestadual.pb1@ibccrim.org.br
• **Guilherme Costa Câmara**
E-mail: cestadual.pb3@ibccrim.org.br
• **Oswaldo Trigueiro Filho**
E-mail: cestadual.pg2@ibccrim.org.br
- **PARANÁ**
• **Adelino Marcon**
E-mail: marconadvogados@zaz.com.br
- **Maurício Kuehne**
E-mail: cestadual.pr1@ibccrim.org.br
- **Walter B. Bittar**
E-mail: walter@advocaciabittar.adv.br
- **PERNAMBUCO**
• **Adelino Nunes**
E-mail: cestadual.pe3@ibccrim.org.br
• **Flavio Augusto F. de Lima**
E-mail: cestadual.pe2@ibccrim.org.br
- **Nilzardo Carneiro Leão**
E-mail: cestadual.pe1@ibccrim.org.br
- **MATO GROSSO DO SUL**
• **Fabio Trad**
E-mail: cestadual.ms1@ibccrim.org.br
- **RIO DE JANEIRO**
• **Maria Lúcia Karam**
E-mail: cestadual.rj1@ibccrim.org.br
- **RIO GRANDE DO SUL**
• **Fabio Roberto D'Avila**
E-mail: cestadual.rs1@ibccrim.org.br
• **Luiz Antônio Bogo Chies**
E-mail: cestadual.rs3@ibccrim.org.br
• **Paulo Vinicius Sporleder de Souza**
E-mail: cestadual.rs2@ibccrim.org.br
- **RIO GRANDE DO NORTE**
• **Lena Rocha**
E-mail: cestadual.m1@ibccrim.org.br
- **SANTA CATARINA**
• **Felipe Cardoso Moreira de Oliveira**
E-mail: cestadual.sc1@ibccrim.org.br
- **SÃO PAULO - BAIXADA SANTISTA**
• **Vinicius Toledo Piza Peluso**
E-mail: cestadual.sp1@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!

PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO FORMULADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO PELO JUIZ

Ronaldo Batista Pinto

Trata o art. 385 do CPP da possibilidade do juiz, mesmo frente a pedido de absolvição do Ministério Público, condenar o réu. Embora, atualmente, pareça óbvia tal prerrogativa, ainda se ouve uma ou outra voz discordante, no sentido de que, frente ao requerimento de absolvição formulado pela acusação oficial, esteja o juiz obrigado a atender o pedido e, por consequência, absolver o réu. O argumento é no sentido de que a Constituição de 1988 adotou, de forma clara, o sistema acusatório, prevendo a nítida separação entre órgão acusador e órgão julgador. Mas, no dizer de **Américo Bedê Freire Júnior**, *“deve-se ir além. Mais do que simplesmente a separação entre acusação e julgamento há, para efetivação do jus puniendi, a necessidade de que a acusação e o julgador se entendam quanto à existência de crime. Na verdade há uma relação de prejudicialidade entre o convencimento do promotor e do magistrado, melhor explicando: entendendo o Ministério Público pela não existência de crime, não cabe ao magistrado exercer qualquer juízo de valor sobre a existência ou não do crime, uma vez que a partir desse momento o magistrado estaria atuando de ofício, ou seja, sem acusação e em flagrante desrespeito ao sistema acusatório”*⁽¹⁾.

A discussão não é nova. Interessante, nesse aspecto, o posicionamento de **Ary Azevedo Franco**, ao comentar o dispositivo legal em tela: *“Também sempre entendemos que, uma vez que o Ministério Público houvesse opinado pela absolvição do réu, nada mais cabia ao juiz senão acolher o pedido do Ministério Público, porque sempre consideramos o mesmo como autor da ação, e des de que era ele o primeiro a reconhecer que dela havia decaído, não devia o juiz entrar na apreciação da prova para discordar do Ministério Público”*⁽²⁾.

Mas esse próprio autor, frente aos termos peremptórios do preceito em estudo, passou a reconhecer tal possibilidade conferida ao julgador e que, efetivamente, parece mais adequada.

A um, pois a sentença deve representar a íntima convicção do juiz sobre o mérito da causa, não se subordinando a nenhum pedido anterior. E, a dois, por vigorar, em nosso processo penal, o princípio da indisponibilidade, por meio do qual prevalece o interesse público na persecução penal nos crimes de ação penal pública. Fosse diferente, aliás, o julgador da causa não seria o juiz, mas sim o Ministério Público, a cujo pedido de absolvição estaria vinculado aquele primeiro. Tal faculdade concedida ao juiz, porém, reforça, de outro lado, o entendimento segundo o qual pode o *Parquet* recorrer em favor

do réu do qual a absolvição foi pedida.

Invocar-se o sistema acusatório como fator impeditivo para que o juiz condene frente a um pedido de absolvição, parece absolutamente equivocado. Afinal, se há evidente separação entre acusador, defensor e julgador, cada um ocupando um compartimento estanque na relação processual, aí sim há de se admitir a condenação mesmo com anterior pedido de absolvição. Com efeito, a vinculação do juiz ao pedido do Ministério Público, da forma que sugerida, é que romperia com o sistema, na medida em que transferiria para a acusação pública o poder de julgar, reunindo, em um só órgão, as funções de acusar e decidir, em clara reminiscência ao sistema inquisitivo.

Outro equívoco reside em se afirmar que, se o Ministério Público pode requerer o arquivamento do inquérito policial, também pode retirar a acusação, pedindo a absolvição do réu. Ocorre que o pedido de arquivamento, pelo menos, é objeto de crivo judicial, podendo o juiz, dele discordando, invocar o art. 28 do CPP. Já frente a um pedido de absolvição, se acolhida a tese, não restaria outra alternativa ao juiz senão a de acolhê-lo. Com isso, se afastaria, por completo, a possibilidade de controle dos atos judiciais e — diria — dos atos do Ministério Público, pelas instâncias superiores, eis que, na prática, ninguém recorria de tal *decisum*, ante a evidente falta de interesse (= utilidade).

Esse importante fundamento político, que justifica o duplo grau de jurisdição, a possibilitar a salutar revisão das decisões judiciais, ficaria restrito ao improvável recurso do ofendido, das pessoas relacionadas no art. 31 do CPP ou do assistente da acusação. Ou, ainda, às raras hipóteses nas quais se admite o *recurso obrigatório* (não cabe aqui tecer comentários a respeito da impropriedade dessa denominação). Na prática, a sentença absolutória repousaria, para sempre, no silêncio de um arquivo, inatingível à instância superior. Aliás, a se privilegiar tal entendimento, se deveria concluir, por coerência, que também o art. 28 do CPP não foi recepcionado pela Constituição. Claro: se o juiz não pode discordar do pedido de absolvição, tampouco poderá apresentar qualquer oposição quando requerido o arquivamento do

inquérito policial pela acusação pública.

Também não entendo correta a argumentação de que, ao condenar, conquanto tenha o Ministério Público pedido a absolvição, estaria o juiz agindo de ofício. Esse entendimento parece altamente con-

taminado por regras típicas do processo civil, cristalizadas através do velho aforismo *ne procedat iudex ex officio*, onde o interesse em jogo, via de regra, é disponível, podendo a parte dele transigir. Mas, se mesmo no processo civil tal brocardo já perdeu força

(cf. art. 130 do CPC), no processo penal ele jamais incidiu com total plenitude. Aqui, ao contrário do processo civil, o juiz não é um mero espectador inerte ou “convidado de pedra”. Ao contrário, está comprometido com a busca da verdade real, tanto quanto o Ministério Público, não se satisfazendo, assim, com a mera verdade formal, que basta ao juiz cível. Na lição de **Tourinho Filho**, *“a natureza pública do interesse repressivo exclui limites artificiais que se baseiam em atos ou omissões das partes. A força incontestável desse interesse consagra a necessidade de um sistema que assegure o império da verdade, mesmo contra a vontade das partes”*⁽³⁾.

Daí se concluir como perfeitamente cabível a condenação do réu mesmo frente a um pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público, única conclusão, aliás, que se coaduna com o texto legal (art. 385). Resta ao *Parquet*, não se conformando com a condenação, recorrer em favor do réu, em postura, hoje, tranqüilamente admitida pela doutrina e jurisprudência. 

Notas

- (1) **FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê**. *Boletim do IBCCRIM*, nº 152 — julho 2005, p. 19.
- (2) **FRANCO, Ary Azevedo**. *Código de Processo Penal*, vol. 1, Rio de Janeiro: Editora A noite, 1950, p. 386.
- (3) **TOURINHO FILHO, Fernando da Costa**. *Processo Penal*, 26ª ed., vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 37.

Ronaldo Batista Pinto

Promotor de Justiça em SP, professor universitário (Faculdades COC, Ribeirão Preto/SP) e mestrando em Direito pela Universidade Estadual Paulista (Unesp)

JULGANDO OS JUÍZES

Vladimir Passos de Freitas

O Brasil tem uma excelente Magistratura. Os juízes, na maioria absoluta, são pessoas corretas, responsáveis e de bom nível cultural. Foram aprovados em difíceis e sérios concursos de ingresso, recebem vencimentos adequados e gozam de *status* na sociedade. Todavia, certamente pelo número elevado (cerca de 13.000), vêm aumentando os casos em que magistrados envolvem-se em crimes. O que era raro no passado e despertava surpresa, passou a ser comum. E com ampla divulgação na mídia.

A ONG DH Direitos Humanos divulgou em 29 de março um relatório a ser apresentado na 61ª sessão da Comissão de Direitos Humanos da ONU, no qual constam 37 situações de abusos, em 10 Estados brasileiros (Jornal *O Globo*, 30.3.05, C. País, p. 11). Há casos graves, como homicídio, corrupção e abuso sexual contra menores. Estes desvios de conduta têm grande repercussão e abalam a credibilidade da classe. Outros, mais banais, como lesões corporais por desavenças no trânsito, ficam nos limites do interesse dos envolvidos.

A prática de um fato criminoso por um juiz dá ensejo a responsabilidade civil, administrativa e penal. A civil se resolve em ação própria, por iniciativa da vítima. A administrativa, no caso de juízes de primeira instância, é investigada pelas Corregedorias dos Tribunais. No caso de desembargadores ou de ministros dos Tribunais Superiores, a apuração é feita pelo próprio tribunal, através de regras estabelecidas em seus Regimentos Internos. Nestes casos a investigação das ações ou omissões revela-se complexa. É que o convívio cria laços de amizade que tornam difícil, de um momento para o outro, passar de colega a inquisidor. A propósito, registra-se que, supletiva ou cumulativamente, caberá também ao Conselho Nacional de Justiça apurar faltas administrativas de qualquer órgão ou instância do Poder Judiciário (CF, arts. 92 I-A e 103-B).

A responsabilidade penal, que é independente das demais, apresenta peculiaridades. Havendo indício de prática de crime por magistrado, cumpre à autoridade policial remeter o inquérito policial (ou termo circunstanciado) ao tribunal competente (LC nº 35/79, art. 33, parágrafo único). Distribuem-se os autos a um relator que passará a presidir o inquérito. A investigação e a eventual ação penal não tramitam nas Varas Criminais. Juízes de Direito respondem perante os TJ's (cf. Const. Estaduais). Juízes Federais, militares e do Trabalho, nos TRFs (CF, art. 108, I, a). Desembargadores dos TJ's, TRFs e TRTs, no STJ (CF, art. 105, I, c). Ministros dos Tribunais Superiores, no STF (CF, art. 102, I, c). Ministros do STF, no próprio Supremo nos crimes comuns (CF, art. 102, I, b) e no Senado nos crimes de responsabilidade (CF, art. 52, II).

Na investigação começam as dificulda-

des. Simples providências administrativas suscitam dúvidas (por exemplo, deve ser decretado o sigilo?). Ao relator cabe atuar como uma autoridade policial na forma do art. 6º do CPP. Todavia, sem conhecimentos teóricos ou práticos desta atividade, muitas vezes sem jurisdição criminal há anos, sem doutrina ou jurisprudência para consultar, sem qualquer apoio de órgãos técnicos, debate-se em dificuldades. Então o inquérito, que deveria ser simples, informal, (CPP, art. 9º), sem contraditório, passa a ter andamento lento e burocrático.

Uma vez concluída a investigação, se houver denúncia o recebimento é da competência de órgão colegiado (Lei nº 8.038/90, art. 6º). Novas dificuldades, pois os magistrados vêm-se obrigados a decidir sobre fatos complexos, sem exame dos autos. E se todos pedirem vista passarão anos. Se recebida a inicial, as dificuldades persistem. As Secretarias dos Tribunais não são preparadas para esta competência originária. O que é rotina no Cartório de uma Vara Criminal, no Tribunal torna-se motivo de dúvidas atroz. Na maioria das vezes o tribunal situa-se longe do local dos fatos, o que gera a colheita das provas através de burocráticas cartas de ordem. O cumprimento é demorado.

Na prática, uma ação penal pode demorar anos, prescrever. Não por corporativismo, mas sim pelas dificuldades de aplicar uma legislação deficiente e uma estrutura administrativa criada para julgar recursos e não para processar ações penais. Esta realidade não beneficia ninguém. Os relatores sofrem com os empecilhos processuais. O Ministério Público se frustra com a falta de efetividade. Os acusados permanecem com sua situação indefinida por anos. A sociedade, cada vez mais exigente, cobra resultados.

Nesta situação, cabe às lideranças institucionais da magistratura avaliar o tema e encontrar soluções, respeitado o direito constitucional à ampla defesa. Por exemplo, disciplinando a matéria através de Resolução enquanto não se edita o Estatuto da Magistratura. Elucidando dúvidas corriqueiras (p. ex., o MP atua na investigação?). Criando, se for o caso, Turmas (ou Câmaras) especializadas. Orientando, quando possível, para que a prova seja colhida diretamente pelo relator, dispensadas cartas de ordem. Prevendo a utilização de audiências por aparelhos de videoconferência.

Em conclusão, juízes serem réus é fato novo que necessita ser enfrentado com coragem, equilíbrio e seriedade. Posto o problema à discussão, termino como comecei: o Brasil tem uma excelente Magistratura. ●

Vladimir Passos de Freitas

Desembargador do TRF da 4ª Região (RS),
ex-promotor de Justiça (PR e SP),
doutor em Direito, professor universitário
e ex-presidente da Ajufe

Vladimir Passos de Freitas

Entidades que assinam o Boletim:

— AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do 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 - Asmego

— 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 - ADPEP
- 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

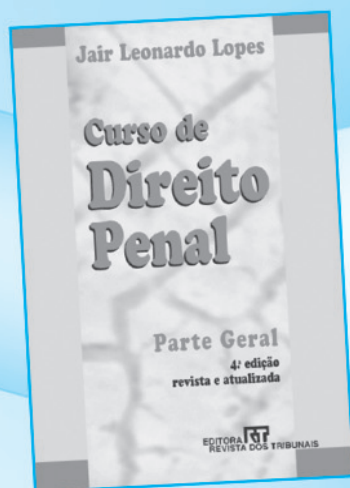
Apoio:



lançamentos

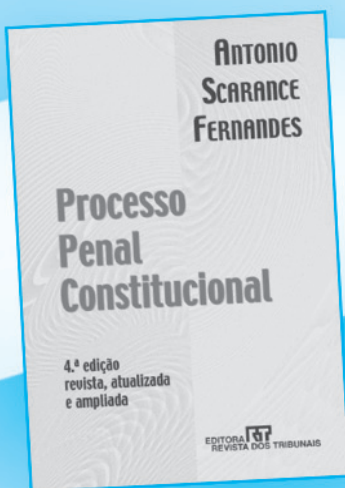


Curso de Direito Penal, 4.^a edição
Jair Leonardo Lopes



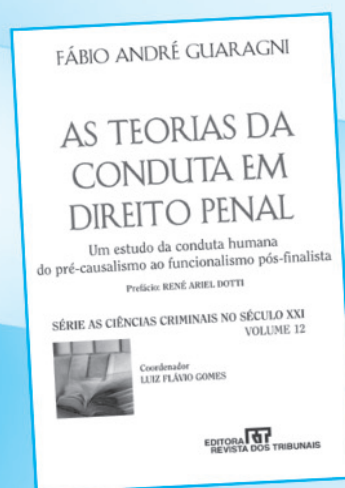
286 páginas
brochura

Processo Penal Constitucional, 4.^a edição
Antonio Scarance Fernandes



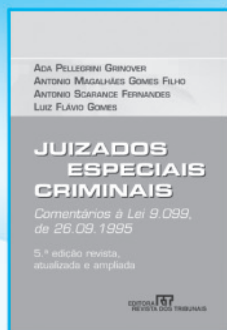
396 páginas
brochura

As Teorias da Conduta em Direito Penal
Fábio André Guaragni



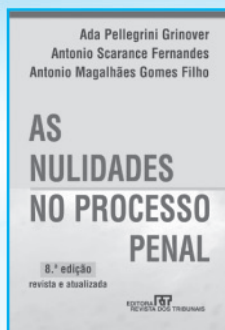
352 páginas
brochura

Juizados Especiais Criminais, 5.^a edição
Ada Pellegrini Grinover,
Antonio Magalhães Gomes Filho,
Antonio Scarance Fernandes e
Luiz Flávio Gomes



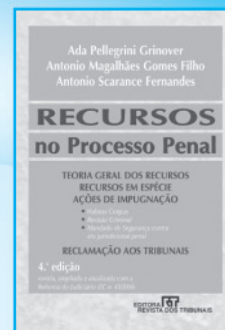
476 páginas
brochura

As Nulidades no Processo Penal, 8.^a edição
Ada Pellegrini Grinover, Antonio
Magalhães Gomes Filho e
Antonio Scarance Fernandes



388 páginas
brochura

Recursos no Processo Penal, 4.^a edição
Ada Pellegrini Grinover, Antonio
Magalhães Gomes Filho e
Antonio Scarance Fernandes



462 páginas
brochura

**livraria
RT**

Adquira estas e outras obras
na **Livraria RT Virtual**
www.livrariart.com.br

EDITORA RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS
www.rt.com.br
Atendimento ao consumidor
0800 702 2433