

# Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

IBCCRIM

## EDITORIAL:

## UMA JANELA DE OPORTUNIDADE

A divulgação dos indicadores estatísticos do Poder Judiciário brasileiro pelo Supremo Tribunal Federal, cujos dados se referem ao ano de 2003, tendo sido fornecidos pelos próprios Tribunais estaduais e federal, abriu, no Estado de São Paulo, onde os números se apresentaram de forma mais negativa, a discussão para o alto índice de congestionamento da 2ª Instância do Judiciário estadual com um acúmulo de cerca de 600 mil recursos no Tribunal de Justiça nos últimos anos.

Diagnosticado esse congestionamento, ou melhor, trazidos à luz esses números, vários seminários têm discutido quais teriam sido os problemas e mazelas que levaram o Judiciário Paulista a registrar números tão negativos. Segundo uma das conclusões do *I Fórum de Tecnologia, Gestão e Inovação da Justiça*, realizado em Brasília no final de maio, e promovido pelo Instituto Nacional da Qualidade Judiciária (INQJ), a agilidade do sistema judiciário depende da modernidade do seu sistema de gestão e essa modernidade está necessariamente, mas não exclusivamente, atrelada à informatização dos Tribunais.

Importante, contudo, é especificar o que se entende por informatização dos Tribunais. Pode significar apenas a informatização dos procedimentos judiciais, ou seja, que o advogado e partes tenham acesso ao processo de forma mais ágil, por meio de seu computador o que, sem dúvida, é importante, mas não pode ser visto como sinônimo de uma boa prestação jurisdicional. Uma boa prestação da justiça aos cidadãos é muito mais do que isso, refere-se efetivamente ao acesso ao Judiciário para o atendimento de suas demandas, a forma pela qual, na esfera criminal, a Polícia, o Ministério Público e o Judiciário se voltam para a resolução dos conflitos criminais. Isso implica modelos de gestão e canais de acesso mais ágeis e pautados pela necessidade de tratamento pormenorizado, mesmo nos casos que exijam maior dedicação das Instituições da Justiça e que, por isso, poderiam comprometer, em tese, a demanda por produtividade, que muito motiva as justificativas para a modernização tecnológica em andamento nos Tribunais.

Por detrás de sistemas automáticos e plataformas tecnológicas reside um dos requisitos

básicos do Estado Democrático de Direito, qual seja, o da transparência, que não pode apenas ser anunciado como intenção e precisa permitir o devido *accountability* sobre fluxos de funcionamento e critérios de classificação e de tomada de decisões sobre o modo de operação cotidiana do sistema de Justiça brasileiro. Nestes termos, uma pesquisa da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas identificou, por exemplo, 1.084 classes para a classificação dos processos pelo Judiciário Paulista, o que faz suscitar a indagação: qual o significado e, até mesmo, qual a utilidade prática de se dispor de tantos códigos? Assim, devemos atentar para a importância de não se informatizar o caos, ou seja, não informatizar processos burocráticos que não fazem mais sentido e ainda, mesmo dificultando o trabalho dos operadores do direito, são mantidos, em nome da tradição e dos costumes.

Se os números colhidos pelo Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário (BNDPJ) do Supremo mostram a Justiça Paulista como uma das que está mais atrasada no processo de informatização, isso pode ser visto de uma forma positiva, como uma janela de oportunidade, na qual os órgãos responsáveis pela prestação da Justiça venham a conversar sobre uma efetiva prestação jurisdicional. Não seria esse o momento adequado para se discutir, por exemplo, a criação da Varas Criminais especializadas em crimes contra a Administração Pública? Como podemos esperar que o juiz analise, de modo condizente, um processo criminal de corrupção, em sentido lato, se a sua mesa está repleta de processos de furtos, roubos e estelionatos e, ainda, quando a sua produtividade, como já foi dito, é medida em termos de quantidade de sentenças proferidas no mês?

Enfim, o IBCCRIM entende que os números que vêm sendo divulgados, não obstante correrem riscos de trazer informações que necessitam, em alguns casos, de retificação, têm o grande mérito de desnudar processos “naturalizados” e publicizar — para o debate republicano sobre regras democráticas de Governo — os mecanismos cotidianos de operação do nosso sistema de Justiça. Oxalá os números e estatísticas se transformem numa constante e possam influenciar as decisões dos dirigentes das Instituições de Justiça de nosso País. ●

## Editorial

### Índice

|                                                                                                                                                                                                          |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| EDITORIAL:                                                                                                                                                                                               |     |
| UMA JANELA DE OPORTUNIDADE                                                                                                                                                                               | 1   |
| DA OMISSÃO À CONFUSÃO: OS PROBLEMAS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45 NO TOCANTE AO PROCESSO DE INCORPORAÇÃO DE TRATADOS AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO                                                 | 2   |
| Caio Gracco Pinheiro Dias                                                                                                                                                                                |     |
| A DEMORA JURISDICIONAL E O DIREITO DE SER JULGADO EM UM PRAZO RAZOÁVEL NO PROCESSO PENAL                                                                                                                 | 4   |
| Aury Lopes Jr.                                                                                                                                                                                           |     |
| PRAZO RAZOÁVEL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO                                                                                                                                                         | 6   |
| Alberto Silva Franco                                                                                                                                                                                     |     |
| A SÚMULA VINCULANTE <i>PRO REO</i> (UM INSTRUMENTO A FAVOR DA LIBERDADE)                                                                                                                                 | 8   |
| Fábio Trad                                                                                                                                                                                               |     |
| O DIREITO PENAL EM FACE DA REVOLUÇÃO BIOLÓGICA                                                                                                                                                           | 9   |
| Guilherme Alfredo de Moraes Nostre                                                                                                                                                                       |     |
| COM A PALAVRA, O ESTUDANTE: FAVORECIMENTO CRIMINAL (ARTS. 348 E 349, DO CÓDIGO PENAL) - APLICAÇÃO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS                                                                   | 11  |
| Cezar Felipe Colombari da Silva                                                                                                                                                                          |     |
| IMPLEMENTAÇÃO DO ESTATUTO DE ROMA NA AMÉRICA LATINA                                                                                                                                                      | 12  |
| Maria Thereza Rocha de Assis Moura                                                                                                                                                                       |     |
| SOBRE A ATIPICIDADE DA INTERRUPÇÃO DA GESTAÇÃO DE FETO ANENCÉFALO                                                                                                                                        | 13  |
| Domingos Barroso da Costa                                                                                                                                                                                |     |
| O DIREITO EM DEBATE: BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PROVIMENTO Nº 32/00                                                                                                                                  | 14  |
| Mário Augusto Bruno Neto                                                                                                                                                                                 |     |
| O DIREITO EM DEBATE: PARA QUE SERVE O PROVIMENTO Nº 32/00?                                                                                                                                               | 16  |
| Davi Eduardo Depinê Filho                                                                                                                                                                                |     |
| O DIREITO EM DEBATE: O PROVIMENTO Nº 32/00 DA CGJ DE SÃO PAULO                                                                                                                                           | 18  |
| Eduardo Rheingantz                                                                                                                                                                                       |     |
| DA IMPOSSIBILIDADE DO JUIZ CONDENAR QUANDO HÁ O PEDIDO DE ABSOLUÇÃO FORMULADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO                                                                                                    | 19  |
| Américo Bedê Freire Júnior                                                                                                                                                                               |     |
| <b>Caderno de Jurisprudência</b>                                                                                                                                                                         |     |
| JURISPRUDÊNCIA COMENTADA: OS RECURSOS CABÍVEIS A) DA DECISÃO QUE INDEFERE PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA SUSPENSÃO DO PROCESSO; B) DA DECISÃO QUE DETERMINA A SUSPENSÃO DO PROCESSO E C) DA QUE NEGA A SUSPENSÃO | 905 |
| José Barcelos de Souza                                                                                                                                                                                   |     |
| O DIREITO POR QUEM O FAZ: PEDIDO DE RESTABELECIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA E SIGILO DOS AUTOS QUANTO AO SENTENCIADO. IMPOSSIBILIDADE                                                                      | 908 |
| Cecília Mello                                                                                                                                                                                            |     |
| O DIREITO POR QUEM O FAZ: A RECUSA EM APRESENTAR PROVAS CONTRA SI NÃO CONFIGURA DESOBEDIÊNCIA                                                                                                            | 908 |
| Alexandre Cassettari                                                                                                                                                                                     |     |
| SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL                                                                                                                                                                                 | 909 |
| SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA                                                                                                                                                                             | 910 |
| TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS                                                                                                                                                                             | 911 |
| TRIBUNAIS DE JUSTIÇA                                                                                                                                                                                     | 912 |

# DA OMISSÃO À CONFUSÃO: OS PROBLEMAS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45 NO TOCANTE AO PROCESSO DE INCORPORAÇÃO DE TRATADOS AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Caio Gracco Pinheiro Dias

Caio Gracco Pinheiro Dias

Com a publicação da Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004, ao art. 5º da Constituição Federal foi adicionado o §3º, que reza:

“§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”<sup>(1)</sup>.

O constituinte, ao redigi-lo, certamente tinha em vista a opinião contundente do ministro **Celso de Mello** que, ao julgar que o art. 7º, VII, do Pacto de San José da Costa Rica, por proibir a prisão do depositário infiel — *expressamente permitida pelo art. 5º, LXVII, da Constituição* —, não fora recepcionado pela ordem constitucional vigente, em face da “necessária submissão hierárquico-normativa dos tratados internacionais à ordem jurídica subordinante consubstanciada na Lei Fundamental da República”<sup>(2)</sup>, escreveu em seu voto que:

“Diversa seria a situação, se a Constituição do Brasil — à semelhança do que hoje estabelece a Constituição argentina de 1853, no texto emendado pela Reforma Constitucional de 1994 (art. 75, nº 22) — houvesse outorgado hierarquia constitucional aos tratados celebrados em matéria de direitos humanos”<sup>(3)</sup>.

Com a reforma, então, concretizou-se entre nós a situação imaginada pelo ministro **Celso de Mello** como autorizada de uma interpretação que atribuisse “hierarquia constitucional aos tratados celebrados em matéria de direitos humanos”. Se antes era possível discutir se o § 2º do mesmo art. 5º da Carta de 1988 teria ou não autorizado a emenda da Constituição por um tratado sobre direitos humanos — *predominando na jurisprudência a adoção da tese negativa* —, o § 3º adicionado pela Emenda nº 45 faz com que a Constituição brasileira adote expressamente o mesmo direcionamento esposado por nossos vizinhos. Tal posicionamento é extremamente auspicioso para os que lutam pela defesa dos direitos fundamentais, na medida em que afasta do texto constitucional uma interpretação taca-nha e provinciana que não só vai de encontro às aspirações que nortearam a redação da Carta, como inviabilizava o desejável reforço da proteção da ordem democrática nacional por tratado internacional. Contudo, passado o júbilo pelo avanço prenunciado pela emenda, uma leitura mais atenta do texto revela um panorama bem menos róseo. Neste texto,

apontamos três ordens de problemas — *qualitativos, procedimentais e pragmáticos* — revelados por uma análise menos seduzida pela aparência de progresso e mais atenta às possibilidades concretas de verificação de tal avanço.

Em primeiro lugar, o texto do referido § 3º refere-se tão-somente a “*tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos*”. Todavia, no plano internacional, a proteção à pessoa se dá em três vertentes: uma genérica, representada pelo **Di-**

**reito Internacional dos Direitos Humanos** e duas específicas, representadas pelo **Direito Internacional Humanitário** e pelo **Direito Internacional dos Refugiados**. Estariam as três variantes incluídas na extensão da expressão “direitos humanos”? É certo que, na doutrina, começa a se firmar a idéia não só da complementaridade, mas também da convergência das três vertentes da proteção internacional da pessoa humana; contudo a forma como o § 3º se encontra redigido ainda dá margem a uma interpretação restritiva que pode frustrar seu objetivo inicial.

Ao lado desse problema qualitativo, a redação dada ao § 3º sugere outros questionamentos, estes de ordem procedimental. Em primeiro lugar, a quem caberá decidir se o tratado apresentado ao Congresso versa ou não sobre direitos humanos? Ao Presidente da República, ao encaminhar o texto negociado para a apreciação do Congresso? Ao presidente do Congresso, ao receber o tratado e incluí-lo na pauta? A emenda nº 45 não nos indica nada a respeito. Pense-se, por exemplo, na hipótese de um tratado que contenha apenas uma cláusula que reconheça um direito fundamental não previsto na CF, sendo o restante do texto relacionado a assunto que não se subsume à hipótese do § 3º: a quem caberá decidir o rito que o procedimento de aprovação pelo Congresso deverá seguir? A questão fica ainda mais grave, caso se trate de direito fundamental que não esteja previsto expressamente, mas, consoante o art. 5º, § 2º, CF, decorra do “regime e dos princípios” adotados pelo tratado.

O exemplo imaginado nos leva a um outro problema, também de natureza procedimental: apenas da cláusula que se referir a direitos humanos será exigida a aprovação por maioria absoluta em

dois turnos ou todo o texto do tratado se submete a tal exigência? Em outras palavras, seria o caso de se “fatiar” o tratado se o tema específico de uma ou mais de suas cláusulas fosse relativo a direitos humanos, realizando-se votações com quóruns distintos segundo a natureza

da disposição? Novamente, o texto do § 3º nada sugere a esse respeito. Por outro lado, ter-se-á por rejeitado um “tratado sobre direitos humanos” que não chegue a ser aprovado por maioria de 3/5 em dois turnos, mas ainda assim obtenha mais de 50% de aprovação, ou terá ele sido aceito, embora sem equivalência com as emendas constitucionais?

Por fim, é do ponto de vista pragmático que identificamos o principal problema com a emenda: terá ela ou não efeito retroativo? O texto do § 3º fala expressamente em tratados “*que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros*”; na sistemática adotada pelo direito brasileiro, a aprovação do Congresso é um requisito para a formação da vontade do Estado em se obrigar nos termos de um tratado; uma vez que tenha sido expressa essa vontade por meio da ratificação do acordo, não se cogita que o Congresso venha a “aprovar” novamente um texto convencional já aprovado anteriormente. Isso exclui do âmbito de abrangência da disposição os tratados de direitos humanos dos quais o Brasil já seja parte e, na medida em que parece pouco provável que o País venha a tornar-se parte de algum outro tratado com a abrangência de um Pacto de San José da Costa Rica ou dos Pactos Internacionais de Direitos Cívicos e Políticos e de Direitos Econômicos e Sociais, a chance de que algum tratado venha a ter o efeito previsto pelo § 3º é assaz pequena. Seria possível, é certo, que o Brasil denunciasses a Convenção Interamericana dos Di-





reitos Humanos para, em seguida, a ela aderir, ato para o qual seria necessária a aprovação do Congresso, quando então se poderia obter a maioria de 3/5 prevista pela Emenda, mas tal procedimento parece pouco provável. Da forma como está redigido, o § 3º em nada altera a situação do Pacto da Costa Rica em nosso ordenamento jurídico, razão primeira de sua inclusão na Emenda nº 45.

Tudo isso teria sido evitado se o constituinte, ao invés de inserir o § 3º, tivesse simplesmente tratado de eliminar o “defeito” do § 2º que permitiu a interpretação restritiva que a jurisprudência do STF consagrou; bastaria deixar expresso que o mencionado parágrafo se aplica tanto a tratados dos quais a República Federativa do Brasil já fosse parte quando da promulgação da Carta, quanto a convenções as quais o Brasil venha a integrar no futuro. Infelizmente, prevaleceu nesse evento uma preocupação em preservar a dignidade da Constituição através da manutenção da especialidade do rito do processo de alteração do texto constitucional, mesmo sabendo-se que um tratado, em face do art. 60, § 4º, IV, da

CF, somente teria como alterar o texto constitucional *ampliando* o rol de direitos e garantias fundamentais. Não parece que se diminua a dignidade da Constituição flexibilizando seu processo de emenda para ampliar direitos e garantias fundamentais, mas assim não entendeu o constituinte reformador. Com isso, ao que tudo indica, é duvidoso que, nesse tema, a emenda nº 45 tenha o efeito que os mais otimistas previram quando de sua promulgação. (1)

#### Notas

- (1) A Emenda nº 45 também adicionou um quarto parágrafo ao art. 5º da CF, segundo o qual “o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.
- (2) STF, HC nº 72.131-RJ, rel. min. Celso de Mello, p. 8.727.
- (3) *Ibid.*, pp. 8.728-9.

**Caio Gracco Pinheiro Dias**

Doutorando em Direito Internacional pela FADUSP e professor de Direito Internacional em São Paulo na Universidade São Judas Tadeu e na Faculdade Santa Marcelina

#### LANÇAMENTO

O livro *Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito*, publicado pela Lumen Juris Editora e organizado por **Maria Lúcia Karam**, reproduz o conteúdo do Seminário Internacional promovido pela **Coordenação no Rio de Janeiro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM**, pelo **Centro Acadêmico Cândido de Oliveira da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – CACO** e pelo **Movimento da Magistratura Fluminense pela Democracia – MMFD**, realizado em 16 e 17 de junho de 2004, no Salão Nobre da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

À Conferência de Abertura pronunciada pelo ministro **Eugenio Raúl Zaffaroni** e às saudações a ele dirigidas por **Nilo Batista** e, em nome do CACO, por **Luís Henrique Campos**, seguem-se as intervenções de **Vera Malaguti Batista**, **Giancarlo Corsi**, **Marco Perduca**, **Salvo de Carvalho**, **Alessandro De Giorgi**, **Geraldo Prado**, **Nélcio Machado**, **Álvaro Pires** e **Cristiano Paixão**, bem como os debates produzidos nas quatro Mesas, em que discutidas a funcionalidade do processo de criminalização na gestão dos desequilíbrios gerados nas formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado; a política proibicionista e o agigantamento do sistema penal; o processo penal e o retorno à prevalência da confissão, a subsistência da tortura, os novos meios invasivos de busca de prova e a pena negociada; e a face bélica do capitalismo pós-industrial e globalizado, refletida no caminho do sistema penal regular à eliminação das garantias dos direitos fundamentais.

O lançamento do livro *Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito*, no dia 2 de junho de 2005, no salão nobre da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, renovando a convocação para a luta pela contenção do poder do Estado de punir, pela inversão dos rumos repressivos e autoritários das formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado, pela preservação do Estado Democrático de Direito, pela redução dos danos e das dores provocados pelo sistema penal e pela reafirmação de um permanente compromisso com a liberdade, insere-se na semana de comemorações do aniversário de 89 anos do CACO, que, criado em 29 de maio de 1916, se fez e se faz presente na história do Brasil, como símbolo maior das lutas dos estudantes brasileiros pela liberdade e pela democracia.



**IBCCRIM**

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

**DIRETORIA DA GESTÃO 2005/2006**

#### DIRETORIA EXECUTIVA

##### **PRESIDENTE:**

Maurício Zanoide de Moraes

##### **1º VICE-PRESIDENTE:**

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

##### **2º VICE-PRESIDENTE:**

Sérgio Mazina Martins

##### **1ª SECRETÁRIA:**

Tatiana Viggiani Bicudo

##### **2º 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) Introdução: ritmo social e tempo do Direito

Entre as modificações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45, está, finalmente, a consagração constitucional do “*direito de ser julgado em um prazo razoável*”<sup>(1)</sup>, inserida agora no art. 5º, LXXVIII da CB, ainda que anteriormente já estivesse prevista nos arts. 7.5 e 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

É inegável que o direito juridiciza o tempo e, por outro lado, o tempo, temporaliza o Direito. Trata-se de uma íntima relação e interação que vive em constante choque com o acelerado ritmo social que caracteriza a sociedade contemporânea, onde a velocidade é a alavanca do mundo (Paul Virilio). O presenteísmo e a cultura da urgência são estruturantes da nossa sociedade e, por consequência, afetam diretamente o processo penal e o ritual judiciário.

Ao lado de uma sociedade estupidamente acelerada, em que a urgência tornou-se a normalidade e o instantaneísmo da tele-presença (tele-ação) uma rotina, o conflito com o ritmo lento do processo é inevitável e traumático. O difícil é convencer que não se pode pretender trazer para dentro do processo a mesma percepção que temos do tempo social ou do tempo midiático, pois o processo penal nasceu para retardar, para demorar, para evitar os juízos imediatos, sob o calor da emoção e a alucinação<sup>(2)</sup> da imagem.

Por outro lado, é elementar que o processo penal necessita de uma “aceleração”, mas não através da supressão de direitos fundamentais (aceleração antigarantista), senão pela inserção de tecnologia, resolução de primários problemas de recursos humanos, na racionalização de uma burocracia estupidamente retrógrada e que está arraigada no ritual judiciário (v.g. as absurdas decisões do STF considerando intempestivo um recurso apresentado antes da abertura do prazo!).

Tampouco podemos ir excessivamente devagar, pois o processo é uma pena, capaz de gerar um grave estigma social e jurídico (Goffman); um empobrecimento generalizado da pessoa; um *stato di prolungata ansia*, enfim um feixe de verdadeiras penas processuais que punem antes mesmo de a sentença ser proferida. E, quanto mais tempo demorar o processo penal, maior será a pena processual.

O problema aqui é a (de)mora jurisdicional, que nos remete ao próprio conceito (em sentido amplo) da “mora”, na medida em que existe uma injustificada procrastinação do dever de adimplen-

to da obrigação de prestação jurisdicional. É o não-cumprimento de uma obrigação de tutela claramente definida. Nessa perspectiva insere-se o direito de ser julgado em um prazo razoável ou a um processo sem dilações indevidas, previsto pelo art. 5º, inciso LXXVIII. Mas, como de costume, o instituto chega com bastante atraso e com uma disciplina legal precária, que conduzirá a uma provável ineficácia.

## B) O erro: adoção da teoria do não-prazo

O que é duração razoável? O que é indevida dilação? Para ser “indevida”, deve-se buscar o referencial “devida”, enquanto marco de legitimação, verdadeiro divisor de águas. Igual raciocínio exige a “duração razoável”.

Eis aqui o mais grave erro do legislador brasileiro: desconhecer os mais de 30 anos de jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) nessa matéria.

Desde o caso “*Wemhoff*”<sup>(3)</sup> (STEDH de 27/06/1968), o TEDH vem debatendo-se em torno de critérios para definir o que seja um prazo razoável para julgamento. A discussão evoluiu e, atualmente, trabalha com as seguintes variáveis: a) complexidade do caso; b) a atividade processual do interessado (que obviamente não poderá se beneficiar de sua própria torpeza); c) a conduta das autoridades judiciárias (como um todo, abrangendo polícia, MP e juiz). A eles, acrescenta-se o princípio da proporcionalidade.

Mas o resultado final, ainda assim, é excessivamente vago e discricionário. Esse é o grave inconveniente da adoção da teoria do não-prazo, assim chamada pela falta de um critério claro (prazo) de duração do processo. A ausência de um limite de duração máxima do processo penal compromete a eficácia do direito de ser julgado em um prazo razoável, na medida em que conduz ao emprego de uma cláusula genérica (razoável duração), de conteúdo vago, impreciso e indeterminado.

Pastor<sup>(4)</sup> acertadamente critica a doutrina do não-prazo, pois se, inteligentemente, não confiamos nos juízes a ponto de delegar-lhes o poder de determinar o conteúdo das condutas puníveis, nem o tipo de pena a aplicar, ou sua duração sem limites mínimos e máximos, nem as regras de natureza procedimental, não há motivo algum para confiar a eles a determinação do prazo máximo razoável de duração do processo penal, na medida em

que o processo penal em si mesmo constitui um exercício de poder estatal, e, como todas as demais formas de intervenção do Estado, deve estar *metajudicialmente regulado*, com precisão e detalhe.

## C) O caótico sistema brasileiro

No Brasil, a situação é gravíssima, pois não existe limite algum para a duração do processo penal (que não se confunde com prescrição) e, o que é mais grave, sequer existe limite de duração das prisões cautelares. Infelizmente, a cada dia os Tribunais avalizam a (de)mora judicial a partir dos mais frágeis argumentos, invocando a gravidade (*in abstracto*), o clamor público (ou seria opinião publicada?), ou a simples rotulação de “crime hediondo”, como se essa infeliz definição legal se bastasse, auto-legitimando qualquer ato repressivo.

É óbvio que o legislador deve sim estabelecer de forma clara os limites temporais do processo e das prisões cautelares, até porque, as pessoas têm o direito de saber (dimensão democrática), de antemão e com precisão, qual é o tempo máximo que poderá durar um processo penal. Estamos diante de *exercício de poder* e que, portanto, necessita e exige limites e controle (inclusive temporal). Trata-se de um mínimo de respeito às regras éticas do jogo (e aqui emprego o conceito de **Calamandrei**, *il processo come giuoco*, ou de guerra, de **James Goldschmidt**).

Um bom exemplo de limite normativo interno encontramos no CPP paraguaio: o prazo máximo de duração do processo penal será de 3 anos (art. 136), após o qual, o juiz **o declarará extinto** (adoção de uma solução processual extintiva). Também fixa um limite para a fase pré-processual, que uma vez superado, dará lugar a extinção da ação penal. Por fim, existe ainda a *resolução ficta*, quando a Corte Suprema não julgar um recurso interposto no prazo devido. Se o recurso é da defesa, uma vez superado o prazo máximo previsto para sua tramitação, entender-se-á que o pedido foi provido na sua integralidade. Quando o postulado for desfavorável ao imputado (recurso interposto pelo acusador), superado o prazo sem julgamento, o recurso será automaticamente rechaçado.

Além disso, deve-se estabelecer um dever de revisar periodicamente o decreto de prisão cautelar, pelo próprio juiz, como o fazem o CPP português (a cada 3 meses, art. 213.1) ou o alemão (a cada 3 meses, StPO § 122).

É fundamental definir claramente o ➡

➔ prazo máximo de duração do processo penal, das prisões cautelares e, ainda, em relação a essas últimas, o dever de revisar periodicamente a medida, para evitar que o provisório transforme-se uma desmedida pena antecipada.

#### D) Em busca de “soluções”: compensatórias, processuais e sancionatórias

Reconhecida a efetiva violação do direito a um processo sem dilações indevidas, em síntese, deve-se buscar uma das seguintes soluções<sup>(5)</sup>:

Na esfera cível, pode-se buscar uma compensação indenizatória, mas, no mínimo, o “dano processual” deve ser triplicado, diante da necessidade de a parte suportar dois processos de conhecimento (o penal, gerador do dano inicial, seguido do processo de conhecimento na esfera civil) e um de execução (cível). Contudo, em última análise, a violação do direito de ser julgado num prazo razoável conduz a reiteração da violação do mesmo direito, pois novamente o imputado terá de suportar a longa (de)mora judicial.

Na esfera penal, a compensação poderá ocorrer através da atenuação da pena ao final aplicada (incidência da atenuante inominada, art. 66 do CP)<sup>(6)</sup> ou mesmo concessão de perdão judicial, nos casos em que é possível (v.g. art. 121, § 5º, art. 129, § 8º do CP). Nesse caso, a dilação excessiva do processo penal — uma consequência da infração — atingiu o próprio agente de forma tão grave, que a sanção penal se tornou desnecessária. Outro caminho é a “solução” sancionatória, através da punição do servidor (incluindo juízes e promotores) responsável pela dilação indevida. Nessa linha vem a tímida (nova) redação do art. 93, II, “e” da Constituição. Mas todos esses instrumentos são paliativos. O ideal é operar na dimensão processual, com a extinção do feito pela demora excessiva (ou a pena de *inutilizzabilità* do art. 407.3 do CPP italiano), em prazos muito inferiores aos da prescrição (até porque, o objeto aqui é outro). Mas isso ainda encontra sérias resistências e o modelo brasileiro não contempla nenhuma solução verdadeiramente processual.

#### E) Concluindo: o difícil equilíbrio do ciclista

O primeiro problema é a falta de uma clara definição do prazo máximo de duração do processo penal. Esse é o ponto nevrálgico da questão. Contudo, diante da ausência, a consagração constitucional já representa um avanço democrático: respeitar o *tempo-do-outro*. A preocupação centra-se agora em acelerar o pro-

cesso para evitar a ilegítima pena processual decorrente da (de)mora. Mas, ao mesmo tempo, recusar a aceleração utilitarista, fundada na supressão de direitos e garantias fundamentais. A solução está no difícil equilíbrio do ciclista (somente possível no movimento): não correr demais, para não cair; não ir excessivamente devagar, porque senão, igualmente caímos. Esse é o equilíbrio que se busca, através da recusa aos dois extremos.

Noutra dimensão, jamais os fins justificam os meios, de modo que o reconhecimento da culpabilidade do acusado, através da sentença condenatória, não justifica a duração excessiva do processo. Tampouco podemos admitir o já surrado discurso do excesso de trabalho para justificar uma longa demora. Como bem decidiu o TEDH no caso “*Buchholz*”, é inadmissível transformar em “devido” o “indevido” funcionamento da justiça. Como afirma O TEDH, “*lo que no puede suceder es que lo normal sea el funcionamiento anormal de la justicia, pues los Estados han de procurar los medios necesarios a fin de que los procesos transcurran en un plazo razonable*”.

Por fim, para compreender a verdadeira pena processual que encerra a demora indevida, recordemos de **Einstein**<sup>(7)</sup>, na clássica explicação que deu sobre Relatividade à sua empregada: “*quando um homem se senta ao lado de uma moça bonita, durante uma hora, tem a impressão de que passou apenas um minuto. Deixe-o sentar-se sobre um fogão quente durante um minuto somente — e esse minuto lhe parecerá mais comprido que uma hora. Isso é relatividade*”. Esse é o tempo no processo penal: tempo sentado na chapa quente do fogão. 🔵

#### Notas

- (1) Sobre o tema, consulte-se nossa obra *Introdução Crítica ao Processo Penal*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.
- (2) **LOPES Jr., Aury**. “A contaminação da evidência sobre a verdade: prisão em flagrante, alucinação e ilusão de certeza”. In: *Introdução Crítica ao Processo Penal*, pp. 267 e segs.
- (3) Cf. **PASTOR, Daniel**. *El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho*, Buenos Aires: Ad Hoc, 2002, pp. 111 e segs.
- (4) *Idem*, *ibidem*, p. 60.
- (5) **LOPES Jr., Aury**. *Introdução Crítica ao Processo Penal*, pp. 120 e segs.
- (6) Nesse sentido, consulte-se o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Ap. nº 70007100902, 5ª Câmara Criminal, rel. des. **Luiz Gonzaga da Silva Moura**, j. 17/12/2003.
- (7) **EINSTEIN**. *Vida e Pensamentos*, p. 100.

**Aury Lopes Jr.**

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

Aury Lopes Jr.



**BOLETIM IBCCRIM**  
- ISSN 1676-3661 -

**COORDENADORA-CHEFE:**  
Mariângela Gama  
de Magalhães Gomes

**COORDENADORES ADJUNTOS:**  
Andréa Cristina D'Angelo,  
Leopoldo Stefano Leone Louveira,  
Mariângela Lopes Neistein,  
Paulo Sérgio de Oliveira e  
Raissa dos Reis Balaniuc Mendes

**DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO,  
MONTAGEM E FOTOLITO:**  
Ameruso Artes Gráficas  
Tel. (11) 6215-3596  
Fax (11) 6591-3999  
E-mail: [ameruso@ameruso.com.br](mailto: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](mailto:ibccrim@ibccrim.org.br)  
e [boletim@ibccrim.org.br](mailto:boletim@ibccrim.org.br)



A palavra *processo* não se acomoda à idéia de um ponto fixo no tempo, nem de algo que ocorra de modo instantâneo. O processo traduz-se num seqüenciamento de atos que consomem tempo. Nas várias fases sucessivas em que se desdobra o processo, isto é, desde a sua proposição até seu desfecho, há, sem dúvida, tempo transcorrido. Processo e tempo apresentam-se, portanto, como termos que se interpenetram, que se correlacionam intimamente. “O processo como conjunto de atos que se desenvolvem no tempo, não escapa às características genéticas de cada um de seus componentes e assim como cada ato processual conta o tempo entre seus elementos constitutivos básicos, o tempo passa a ser também componente fundamental do conjunto. O iter do processo transcorre no tempo e se estrutura em fases e graus que, por desenrolar-se no tempo, tem estabelecidos, normalmente, prazos para sua duração”<sup>(1)</sup>.

Prazo é, assim, “o tempo em que algo deve ser feito”<sup>(2)</sup>. É o lapso temporal a que estão jungidos o juiz e as partes para que pratiquem determinados atos, a fim de que o processo não se inercie em seu ponto inicial, mas daí caminhe sem tropeços até o seu termo, ou seja, até o momento em que o conflito de interesses em jogo encontre a necessária solução. Embora juiz e partes sejam destinatários de prazos legalmente fixados, força é convir que a incumbência maior para efeito de dinamizar o processo cabe, em especial, ao juiz que, por dirigi-lo, tem a responsabilidade de dar-lhe impulsão. É evidente que, se os prazos ficassem ao dispor das partes, surgiriam óbices intransponíveis a que o processo atingisse seus fins. Incumbe, portanto, ao juiz a cobrança dos prazos concedidos por lei às partes. Isto não significa, no entanto, que o juiz possa manipular a seu talante os prazos a si próprio destinados. A administração da justiça não poderá prorrogar indefinidamente o remate do processo, transferindo-o para um tempo futuro e de determinação imprecisa. Justiça a destempo não é justiça.

A interação entre processo e tempo assume um perfil ainda mais complexo quando se cuida de processo penal. Trata-se aqui de pôr em destaque o direito — que toda pessoa desfruta — de liberar-se da imputação de ter praticado fato criminoso, mediante uma decisão judicial prolatada dentro de uma determinada equação temporal. Tal direito, de enquadramento constitucional, vincula-se direta e imediatamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto princípio reitor do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da CF), e ao próprio princípio do

devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, da CF). Todo acusado tem o direito de obter — em tempo delimitado — pronunciamiento judicial que defina sua posição. Fala-se no direito constitucional norte-americano que “*todo cidadão tem the right to a speed trial, pondo-se termo, de forma mais rápida possível, à situação de incerteza em que se encontra*”<sup>(3)</sup>.

A correlação processo-tempo mostra-se mais relevante ainda quando, no bojo do processo penal, se adiciona um *plus*, ou seja, quando se faz uso do poder cautelar do Estado, em detrimento do direito de liberdade do cidadão. No caso da prisão cautelar, portanto, processo e tempo são dois termos que necessitam de imperiosa compatibilização. “*Nada justifica o prolongamento do processo, com a submissão do acusado a uma medida de coerção pessoal que o despoja, por tempo indefinido, de sua liberdade. A duração temporal do processo tem de ser devidamente demarcada, não só em respeito aos princípios constitucionais já enunciados, mas também em consideração ao princípio da presunção de inocência, que não suporta que um acusado fique preso a título provisório, no aguardo, sem limitação temporal, do encerramento do processo penal*”<sup>(4)</sup>.

O art. 8º, 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), aprovada pelo Congresso Nacional, através do Decreto-Legislativo nº 27, de 26.05.1992, e cujo cumprimento foi determinado pelo Decreto nº 678, de 06.11.1992, introduziu no cenário jurídico brasileiro a questão do prazo razoável nos seguintes termos: “*toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação formal formulada contra ele, ou para que determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza*”. O dispositivo do Pacto de São José da Costa Rica, reconhecido por alguns, como norma com força constitucional, e por outros, como regra infra-constitucional, colocou na mesa de discussão a questão do prazo razoável que logrou, através da recente Emenda nº 45, de 8 de dezembro de 2004, consagração constitucional, com o acréscimo do inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal: “*a todos, no âmbito*

*judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”.

O novo cânon constitucional conduz a uma série de indagações. O que deve ser entendido por prazo razoável? Quais os critérios que embasam o juízo de razoabilidade? Quando se pode afirmar que se

ultrapassou a barreira máxima da razoabilidade? A área de significado do prazo razoável não foi devidamente balizada. Trata-se, portanto, de um conceito aberto e, por isso, dotado

de bastante elasticidade, o que o torna vulnerável a dados de subjetividade. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos tentou retirar “*o juízo da razoabilidade do terreno movediço da subjetividade, apresentando alguns critérios que deveriam ser submetidos a uma aferição balanceada*”. Assim, “*passaram a ser dados que deveriam ser necessariamente examinados para a construção do conceito de razoabilidade*”: a maior ou menor complexidade do processo; a maior ou menor diligência dos órgãos do processo; a duração em si da prisão; a duração dessa prisão em relação à natureza do fato e à entidade da pena cominada e da pena aplicável em caso de condenação; “*os efeitos da medida cautelar em relação ao réu; a conduta do acusado, máxime o exame de suas atitudes no sentido de colaborar no desenvolvimento do processo ou de indicar a presença de uma vontade dilatória, ou mesmo paralisadora do feito, etc.*”<sup>(5)</sup>.

No direito processual penal brasileiro, não se formulou ainda uma adequada definição do conteúdo e do alcance do conceito de prazo razoável. E isso seria imprescindível, não apenas por causa do Pacto de São José da Costa Rica, mas, agora, principalmente em razão do princípio estatuído no inc. LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal. Há, na realidade, exigência constitucional de que o prazo razoável de duração do processo tenha embasamento em lei infraconstitucional. É necessário, portanto, que se estabeleça o prazo razoável “*de um modo seguro e preciso que o coloque fora do alcance de toda manipulação, decisionismo ou arbitrariedade judicial*”<sup>(6)</sup>.

Na falta da adequada legislação, o conceito deve ser montado em nível judicial. Para tanto, tornam-se necessárias três considerações prévias. A primeira é a de que a noção de prazo razoável se constitui numa

→ construção em favor do acusado, e não em seu prejuízo. Trata-se de princípio fundamental positivado em nível constitucional, e não de instrumento posto nas mãos do juiz para prorrogar indefinidamente a duração do processo ou para exonerar-se da inércia ou do retardamento com que se houve na direção dele. Num Estado Democrático de Direito, a exigência de que o processo se finde em prazo razoável exclui qualquer concessão de espaço ao juiz para arbitrariamente determinar o ritmo do processo. A segunda consideração é a de que o prazo razoável é precisamente um prazo e, como tal, deve conter limites precisos, não se olvidando que deve ter sempre um *dies a quo* e um *dies ad quem*, com o trato temporal total a ser computado dentro desses dois marcos. A terceira consideração é a de que há dificuldade em preencher a idéia de tempo razoável, pois corre-se o risco de se substituir um conceito um tanto vago por outro de maior vagueza. Com efeito, se são analisados os padrões jurisprudenciais utilizados para a compreensão do significado de prazo razoável (natureza complexa do processo, pluralidade de réus, ocorrência de crime grave, o comportamento do acusado, a demora nos atos instrutórios, o retardamento da sentença, o aguardo pelo julgamento do tribunal do júri, etc.), fácil será verificar que o princípio constitucional de que o desfecho do processo deve ocorrer em prazo razoável é puramente ilusório. A utilização de “standards indeterminados para delimitar outro standard indeterminado (prazo razoável) dificilmente atraca a questão em bom porto”<sup>(7)</sup>.

Antes da integração do Pacto de São José da Costa Rica na legislação processual penal brasileira, adotava-se, em relação ao procedimento ordinário, nos casos em que o acusado tivesse sido submetido a uma medida prisional cautelar, um critério pretoriano que consistia na adição acumulada dos prazos processualmente estabelecidos e que veio a ter no art. 8º da Lei nº 9.034/95 expressão legal extensiva, por força do art. 3º do CPP, a todo ordenamento processual. Nessa hipótese, a duração do processo em margem superior a oitenta e um dias tornava a prisão ilegal. Com a introdução do critério da razoabilidade e com a inexistência de quantificação legal definidora da razoabilidade, o

critério de oitenta e um dias perdeu sua força e surgiu, em substituição, o indiscriminado acolhimento da razoabilidade, a dano do direito de liberdade das pessoas. Sem nenhuma adequada motivação, dá-se

à idéia de prazo razoável um caráter mágico, tornando-a idônea a justificar os mais absurdos abusos. Ninguém pode desconhecer as dificuldades de atendimento rígido dos prazos procedimentais quando

analisados como mera soma aritmética, máxime em face de determinados fatos criminosos que se revelam, no mundo atual, de extraordinária complexidade. Além disso, outros dados podem influir e justificar a prorrogação do desfecho do processo. Para tais situações, é válido o conceito de **prazo razoável** desde que essa razoabilidade não seja determinada por puro arbítrio judicial. Destarte, para obstar qualquer tipo de manipulação dessa ordem, enquanto não houver equacionamento legal da matéria em atendimento ao princípio constitucional, tudo está a indicar que se deva acoplar o critério de oitenta e um dias ao conceito de prazo razoável. Com efeito, a operação matemática de somar os prazos individuais que compõem o processo, de forma que o resultado seja equivalente ao total máximo de duração do conjunto desses prazos, não poderá ser simplesmente desprezada e substituída pelo critério da razoabilidade. É evidente, assim, que o decurso do referido prazo se traduz no *dies a quo* do prazo razoável. Esse é o ponto de partida que permitirá ao juiz reavaliar a questão do tempo de duração da prisão cautelar para efeito de prorrogá-la, se se mostrar razoável o retardamento do término do processo, em razão de fatos concretamente elencados. Nessa situação, com fundamento no prazo esgotado ou em vias de esaurir-se, deve o juiz, em despacho motivado<sup>(8)</sup>, explicar as razões pelas quais prorroga o processo por um tempo máximo e definido (*dies ad quem*). Tem-se, desta forma, um termo inicial, de caráter estritamente objetivo, para que se possa, com o menor grau de subjetividade possível, justificar, diante de fatos concretos, o prosseguimento do processo e tem-se ainda um termo final também delimitado, ficando, assim, a avaliação judicial dentro de pautas estritamente objetivas. É evidente que a quantificação do prazo razoável deverá levar na

devida conta a necessidade de pôr termo, o mais rápido possível, à privação da liberdade do réu e à situação de incerteza em que se encontra, respeitado o devido processo legal. Com isso, enquanto inexistir lei a respeito do prazo razoável, dá-se, de um lado, ao acusado a garantia de que o processo terminará num prazo prefixado e, de outro, permite-se o controle dessa aferição judicial pela instância superior. Só, assim, será pertinente falar-se de duração razoável do processo, nos termos do princípio constitucional inserido no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal. Caso contrário, o arbítrio falará em nome do Estado Democrático de Direito. 

### Notas

- (1) **PASTOR, Daniel R.** *El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho*, Buenos Aires: Ad Hoc, 2002, p. 87.
- (2) **HOAIAISS, Antonio.** *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001, p. 2.279.
- (3) **FRANCO, Alberto Silva e MORAES, Maurício Zanoide de.** *Código de Processo Penal e sua Interpretação Judicial*, 2ª ed., vol. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 279.
- (4) **FRANCO, Alberto Silva e MORAES, Maurício Zanoide de.** *Ibidem*.
- (5) **FRANCO, Alberto Silva e MORAES, Maurício Zanoide de.** *Ibidem*.
- (6) **PASTOR, Daniel R.** Ob.cit., p. 473. O referido autor observa ainda, com propriedade (pp. 362/363) que “o Estado está obrigado a dar sentido, através de sua legislação, a um direito fundamental que, de outra forma, cairia no vazio. Não é possível evitar esta obrigação sob pretexto das dificuldades apresentadas pela diversidade de variáveis de cada caso para traduzir o prazo razoável abstrato dos catálogos fundamentais num prazo concreto da legislação secundária. O omissão de concretizá-lo deve-se exclusivamente ao desejo de manter no poder dos juízes a decisão tanto da fixação da duração do processo no caso dado, como o reconhecimento da consequência jurídica aplicável em caso de violação. Esta situação, além da arbitrariedade evidente que por definição representa, estimulou o surgimento da mais absoluta insegurança na tarefa de verificar se um processo em concreto atingiu ou não seu prazo máximo de duração razoável e permitiu, assim, o estabelecimento das mais variadas consequências para o caso de uma resposta afirmativa”.
- (7) **GRILLO CIOCCHINI, Pablo Agustín.** “Debido proceso, “plazo razonable” y otras declaraciones”, em *Debido Proceso*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, pp. 175/201.
- (8) **FRANCO, Alberto Silva e MORAES, Maurício Zanoide.** *Ibidem*, observam com fundamento no art. 402 do CPP que, sendo o juiz “obrigado a declarar os motivos da demora sempre que concluir a instrução fora do prazo, com maior razão deverá fundamentar a necessidade da prisão cautelar, se o arco de tempo processual, a que alude Chiavario, previsto para um determinado procedimento, estiver consumido”.

**Alberto Silva Franco**  
Desembargador aposentado do TJ/SP  
e membro do IBCCRIM



# A SÚMULA VINCULANTE *PRO REO* (UM INSTRUMENTO A FAVOR DA LIBERDADE)

Fábio Trad

Fábio Trad

Sonhar é preciso porque nos recorda a realidade que precisa ser vivida. Os juristas sonhamos e por isso vivemos, mas a realidade insiste e, na maioria das vezes, a sua poderosa força dobra o espírito, entorpecendo a vontade.

Urge, entretanto, retemperar os ânimos e fortalecer a militância. Neste passo, uma das formas de transcender o pensamento estéril é dilacerar a grossa camada de medo que nos impede de criar. Claro, o preço do sono é a segurança, mas a Vida é uma constante guerra de vencidos e derrotados. Os vencidos, entretanto, entenderam o Trágico e tentaram justificar esteticamente a sua existência; já, os derrotados, gozam-se com as sombras da caverna...

Lateja vida no Conhecimento e o impulso da criatividade, saudavelmente autoritário, nos impele à Razão como escudo de defesa.

A história é mais ou menos assim:

**a) Fato 1:** O plenário do Supremo Tribunal Federal (HC nº 81.611) decidiu que os crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.137/90 são materiais, portanto consumam-se com a supressão ou redução do tributo. Consequência: antes de exaurido o processo administrativo-fiscal com a declaração de exigibilidade da obrigação tributária, não se pode falar no elemento normativo do tipo denominado **tributo**, inexistindo crime.

Entretanto, existe uma enorme resistência por parte das instâncias inferiores em adotar o posicionamento da excelsa corte, sob o argumento pueril da independência entre as instâncias administrativa e penal.

Em virtude desta resistência que prolonga desnecessariamente (não sem uma ponta de inconsciente sadismo judicial) o sofrimento de muitas pessoas, a liberdade está sendo sacrificada no altar de uma burocracia esquizofrênica e kafkiana. A justificativa dos que resistem à orientação do plenário do STF (a liberdade de consciência do julgador) é pálida quando confrontada com os valores sacrificados (dignidade e liberdade).

**b) Fato 2:** O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são confluentes em conferir efeito retroativo à aplicação do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/2003 em favor dos réus que pagam integralmente seus débitos tributários e previdenciários, operando-se a extinção da punibilidade. Antes da lei, a extinção da punibilidade só ocorria quando o pagamento fosse efetuado antes do início da ação fiscal; agora, a qualquer tempo, des-

de que haja o pagamento integral, impõe-se a extinção da punibilidade. Pois bem, o STJ no HC nº 37.627/SP, REsp. nº 656.621-RS e HC nº 36.199/SP (e outros mais) e o STF no HC nº 81.929-0 não tergiversam e reconhecem a extinção da punibilidade.

Entretanto, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região resiste “anti-heroicamente”, apegando-se a sombras de um corpo ausente... Sustenta, por exemplo, que, muito embora a lei nova explicita o art. 168-A do CP como tipo inserido em sua abrangência, não faz alusão a indistinto débito previdenciário, mas apenas ao débito previdenciário patronal! O STJ, reiteradas vezes, afastou este argumento, mas, não obstante o posicionamento de ambas as cortes (STJ e STF), o TRF da 3ª Região **insiste** em reafirmar a posição oposta para o desespero de todos quantos sonham em imprimir o mínimo de racionalidade ao sistema hierárquico da jurisprudência brasileira.

Ora, impetra-se um *habeas corpus* perante o tribunal de 2ª instância, sustentando direito que o Supremo Tribunal Federal assegurou em favor de outros pacientes. A liminar é indeferida. Espera-se a publicação da liminar. Dela não se pode recorrer. Aguarda-se o julgamento do mérito. Tempo. Denega-se a ordem. Mais tempo aguardando a publicação do acórdão. Ao Superior Tribunal de Justiça, a mesma toada: liminar, liminar negada; mérito, mérito negado; publicação do acórdão. Tempo, tempo, tempo. Muito tempo. Mas desde o início do primeiro passo, já se sabia que o direito seria assegurado pelo Supremo Tribunal Federal.

Qual é o sentido dessa aventura, senão a ilustração de um drama kafkiano em que a coisificação do homem se mistura ao desprezo da Razão?

A dignidade humana é o fundamento. A liberdade é um bem jurídico primordial. Prestigiá-los é dever constitucional.

Se no âmago da estrutura que se quer mais próxima do ideal, constata-se um ponto que entrava o livre fluxo para a sua finalidade, o ato de tentar removê-lo traduz compromisso com a defesa de sua própria essência.

Enfatiza-se: não soa bem a **passividade** dos juristas diante da perspectiva de reduzir o sofrimento (em última instância, Direito é Dor) de milhares de pessoas presas e processadas criminalmente, que são condenadas a penarem na terrífica senda da máquina judiciária brasileira à espera de um julgamento que lhes será tão benéfico quanto insuportável e irra-

cionalmente demorado, além de injusto...

O vício diagnosticado não é incurável.

A súmula vinculante é um fato, entretanto em Direito Penal causa espécie falar dela, pois o que está em jogo é a liberdade. Não faltam autores que tangenciam a histeria e pregam o extermínio intelectual de quem sustenta a compatibilidade da súmula vinculante com o Direito Penal.

Basta de apriorismos!

**Por que não se pensar em fazer da súmula vinculante um instrumento comprometido com a liberdade, legitimado constitucionalmente na esteira do princípio do favor rei e do ideário garantista?**

A “súmula vinculante *pro reo*” em matéria penal flui na mesma direção da correnteza que legitima a prevalência do *jus libertatis* sobre o *jus puniendi* em hipóteses irredutíveis (*in dubio pro reo*; excusas absolutórias; revisão criminal *pro reo*; perdão judicial; vedação da *reformatio in pejus*, etc.).

Ora, se a instituição da súmula vinculante pretende fundamentalmente opor-se à morosidade, ganharia tónus ético se a esta finalidade fosse acrescida a defesa do valor **liberdade**, a principal sacrificada pela irracionalidade desta famigerada câmara de espera que, no plano simbólico, recorda o purgatório.

O processo criminal estigmatiza, atormenta e ameaça. Com a “súmula vinculante *pro reo*”, abre-se ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de tornar-se, em certo sentido, fonte irradiadora de uma política criminal garantista e racionalizadora do poder punitivo, anulando os efeitos negativos da persistência de um processo criminal de desfecho previsível.

A história poderia ser diferente. Impetra-se um *habeas corpus* perante um tribunal de 2ª instância e, invocada a súmula, garante-se, desde logo, ao acusado o direito que lhe foi negado, subtraindo de seu destino a punitiva espera que a burocracia judiciária brasileira lhe impõe sem qualquer foro de razoabilidade.

À luta, pois! ☺

Fábio Trad

Advogado, professor mestre de Direito Penal e Direito Penal Econômico da Universidade Católica Dom Bosco e Instituto Meritum - Mato Grosso do Sul, mestre e coordenador regional do IBCCRIM em Mato Grosso do Sul e vice-presidente regional da Associação Internacional de Direito Penal - Brasil



O Direito Penal, em sua função essencial de proteção dos bens jurídicos fundamentais, entendidos como os valores vitais para a manutenção e desenvolvimento da comunidade<sup>(1)</sup>, deve estar sempre atento ao surgimento de novas condutas que de qualquer modo possam apresentar riscos ao indivíduo e à sociedade.

Norberto Bobbio reconhece que algumas atividades características de nosso tempo despertam viva preocupação para o futuro da humanidade, sobretudo o crescimento desordenado da população, a degradação do meio ambiente, o aumento incontrolado e insensato do poder destrutivo dos armamentos e “os efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica”<sup>(2)</sup>.

Essa pesquisa biológica, como bem destacou Jean Bernard, desencadeou “duas revoluções que transformaram o destino dos homens”. A revolução biológica, que propicia o controle da reprodução, da hereditariedade e do sistema nervoso, e a revolução terapêutica, concernente à medicina, ou mais exatamente à ética da aplicação dos progressos recentes no tratamento e na prevenção das doenças e da pesquisa clínica<sup>(3)</sup>.

É certo que inúmeras das atividades decorrentes “destas revoluções” apresentam riscos. Entretanto, em sua maior parte desenvolvem-se visando à melhoria das condições sociais e humanas. Quer-se acreditar em que quase a totalidade dos esforços da comunidade médico-científica são respostas aos próprios anseios sociais.

Portanto, não é factível ou de qualquer modo aceitável eliminar-se pura e simplesmente todas as atividades que gerem riscos. Pelo contrário, será fundamental aprender a conviver com aqueles que puderem ser controlados: os riscos permitidos<sup>(4)</sup>.

“Essas atividades correspondem a exigências da vida socialmente reconhecidas pelo Direito. Os fins sociais a que se dirigem e o seu reconhecimento pela ordem jurídica tiram a essas atividades o caráter antijurídico. Sem isso, como é geralmente reconhecido, tornar-se-ia impossível todo progresso técnico ou mesmo social, no sentido de que hoje se encaminha a cultura”<sup>(5)</sup>.

Neste contexto, cabe ao Direito como um todo reger tais atividades a fim de estabelecer cuidadosamente seus limites, bem como os caminhos a serem por elas percorridos e com isso evitar danos aos bens jurídicos. Cabe ao Direito “buscar amarras seguras que, sem empecerem o progresso científico, assegurem a integridade de nossos valores impostergáveis”<sup>(6)</sup>.

Ao Direito Penal, especificamente, atendendo aos princípios da intervenção

mínima e da *ultima ratio* da tutela social, atuando “quando se revelam insuficientes as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico, em outras áreas extrapenais”<sup>(7)</sup>, caberá identificar a partir de que momentos essas condutas podem lesar ou expor a perigo de lesão os valores ético-sociais relevantes. Assim, “en numerosas ocasiones la intervención del Derecho Penal será accesorio o inexistente, por no detectarse motivos suficiente para ello, en especial si otros sectores del ordenamiento jurídico pueden satisfacer plenamente las necesidades de protección de bienes o intereses o de limitación de las actividades no deseables”<sup>(8)</sup>.

Por outro lado, faz-se mister indagar, caso a caso, se os avanços científicos são capazes de criar “novos bens jurídicos” a serem protegidos, ou, se apenas poderão supor a necessidade de se criar uma nova forma de proteção aos bens jurídicos já tutelados, mas que em face da atual realidade passam a ter reveladas novas manifestações, anteriormente desconhecidas ou inatingíveis, vindo agora a necessitar de uma nova e diferente tutela, que poderá inclusive ser feita através da proteção de bens referenciais<sup>(9)</sup>, assim considerados por apresentarem uma natureza de bens mediatos ou instrumentais essenciais ao resguardo de outros bens jurídicos individuais<sup>(10)</sup>.

Importante é, pois, ressaltar que a proteção jurídica dos valores ético-socialmente relevantes, em face dessas condutas, surge como uma nova geração de direitos humanos. Se considerarmos, como Bobbio, que “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias históricas”<sup>(11)</sup>, poderemos identificar que, “após a luta para que fossem reconhecidos os direitos e garantias individuais” — que chamou de direitos humanos de primeira geração; após todo o processo para que fossem afirmados os direitos sociais — de segunda geração — e os direitos difusos ou meta-individuais e universais — de terceira geração — “já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos

da pesquisa biológica, que permitirá manipulações biológicas de cada indivíduo. Quais são os limites dessa possível (e cada vez mais certa no futuro) manipulação?”<sup>(12)</sup>.

Talvez para a Filosofia e para as Ciências Biológicas em geral não haja resposta para a tal indagação. Mas, para o Direito, e especificamente para o Direito Penal, o limite de toda e qualquer atividade será fixado sempre com vistas à preservação e à integridade dos direitos humanos<sup>(13)</sup> — que se consubstanciam nos bens jurídicos tutelados ou tuteláveis.

Feitas essas observações, cumpre-nos analisar como o legislador penal brasileiro vem enfrentando essa difícil tarefa.

Primeiramente, a Lei n° 8.974, promulgada em 5 de janeiro de 1995, regulamentando os incisos II e V do § 1° do art. 225 da Constituição Federal, estabeleceu normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados.

A lei brasileira procurava estabelecer normas de segurança e mecanismos de fiscalização no uso de

técnicas de engenharia genética na construção, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte de organismos geneticamente modificados (OGM), visando proteger a vida e a saúde do homem, dos animais e das plantas, bem como todo o meio ambiente (art. 1°).

A própria lei encarregava-se de definir diversos termos técnicos vinculados à matéria como, por exemplo, *organismo* que, para os efeitos da lei, é toda entidade biológica capaz de reproduzir e/ou transferir material genético, incluindo vírus, prions e outras classes que venham a ser conhecidas (art. 3°, inc. I), sendo que organismo geneticamente modificado, segundo definição legal (art. 3°, inc. IV), deve ser considerado todo “organismo cujo material genético (ADN/ARN) tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética (atividade de manipulação de moléculas de ADN/ARN recombinante — art. 3°, inc. V)”.

Para realizar a fiscalização e administração dos projetos envolvendo o uso das técnicas de engenharia genética, a lei de-

**A nova lei a tratar do tema, a chamada Lei de Biossegurança, foi promulgada com o objetivo de estabelecer normas de segurança referentes às práticas envolvendo organismos geneticamente modificados — OGM — bem assim diretrizes ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.**

terminou a criação da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, efetivada pelo Decreto nº 1.752, de 20 de dezembro de 1995, no âmbito da Presidência da República, passando a integrar, na qualidade de órgão específico, a estrutura base do Ministério da Ciência e Tecnologia (Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, art. 16, inc. III), tendo, dentre outras, a atribuição de relacionar-se com instituições voltadas para a engenharia genética e para a biossegurança em nível nacional e internacional; propor o Código de Ética de Manipulações Genéticas; estabelecer normas e regulamentos relativos às atividades e projetos que contemplem construção, cultivo, manipulação, uso, transporte, armazenamento, comercialização, consumo, liberação e descarte relacionados a organismos geneticamente modificados — OGM (Decreto nº 1752/95, art. 2º, incs. III, IV e V).

No que concerne a determinadas condutas de manipulação genética, a Lei nº 8.974/94 estabeleceu infrações administrativas (arts. 8º e segs.) e criminais (art. 13).

No âmbito penal, tipificava como crime a manipulação genética de células germinais humanas (inc. I); a intervenção em material genético humano *in vivo*, exceto para o tratamento de defeitos genéticos — mesmo que não se verifique qualquer resultado (inc. II) e majorando a sanção de acordo com o resultado causado à vítima (§ 1º a § 3º); a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servirem como material biológico disponível (inc. III); a intervenção *in vivo* em material genético de animais que não constituam significativo avanço científico e desenvolvimento tecnológico (inc. IV); a liberação ou o descarte no meio ambiente de OGM, em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio.

A técnica utilizada pelo legislador penal, no entanto, era tão inadequada que os tipos legais de crime nasceram mortos, sendo certo terem existido no papel por uma década sem jamais terem sido aplicados ou, sequer, levados à sério. Apenas para se ter uma idéia, os tipos nem mesmo verbo possuíam, limitavam-se a descrever situações supostamente indesejadas, mas descreviam-nas de modo tão genérico que acabavam por proibir tudo e, ao mesmo tempo, não proibir nada.

A nova lei a tratar do tema, a chamada Lei de Biossegurança, foi promulgada com o objetivo de estabelecer normas de segurança referentes às práticas envolvendo organismos geneticamente modificados — OGM — bem assim diretrizes ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à

vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.

No que concerne à parte penal, a lei tipifica como crimes seis condutas:

1. utilizar embrião humano fertilizado *in vitro* para outro fim que não para implantação, ou, no caso de embriões inviáveis ou congelados há, pelo menos, 3 (três) anos, para a extração de células-tronco para fins de pesquisa ou terapia, e isso com consentimento dos “genitores”;

2. praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano;

3. realizar clonagem humana;

4. liberar ou descartar OGM no meio ambiente, em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização;

5. utilizar, comercializar, registrar, patentear e licenciar tecnologias genéticas de restrição do uso;

6. produzir, armazenar, transportar, comercializar, importar ou exportar OGM ou seus derivados, sem autorização ou em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização.

Da simples leitura dos tipos legais de crime pode-se verificar que a nova legislação não atende aos princípios da moderna dogmática penal.

No crime de utilização ilícita de embriões, não se pretende, diretamente, a tutela de um bem jurídico, e sequer se identificar com clareza o valor que se quer proteger, busca-se por meio de norma penal apenas reforçar as regras sobre fertilização *in vitro*. Não há, assim, que se falar que o bem jurídico tutelado é a vida, mesmo porque a Lei de Biossegurança, em seu todo, não reconhece vida no embrião pré-implantatório, tendo, inclusive, ensejado a proposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo procurador-geral da República, dr. **Cláudio Fonteles**, que identifica nas disposições legais verdadeira afronta à vida humana, que ele vislumbra nos ditames constitucionais a partir da concepção, vale dizer, a partir da conjugação do óvulo e do espermatozoide.

No crime de prática de engenharia genética em embriões, o legislador de forma absurda incriminou toda e qualquer forma de alteração gênica, impedindo intervenções terapêuticas já vislumbradas em pesquisas de todo o mundo.

Na incriminação da clonagem humana, pretende o legislador tutelar a individualidade do ser humano, considerando que a duplicação genética de indivíduos é atentatória à dignidade da pessoa humana. Entretanto, de se notar que no atual estágio das pesquisas científicas, a hipó-

tese de clonagem humana não se apresenta, havendo, no máximo, condutas voltadas a esse fim, que não estariam abrangidas pelo tipo, sendo que, essas sim, poderiam apresentar algum grau de lesividade.

Quanto aos crimes voltados à tutela do meio ambiente em face de potenciais riscos apresentados pelos OGM, o legislador se limitou a incriminar condutas que desobedeçam às normas e posturas na CNTBio, reconhecendo, desde logo, que as normas administrativas são frágeis ou insuficientes para a proteção dos valores ético-sociais cujo risco de lesão foi, ou deveria ter sido, identificado pelo legislador.

Em conclusão, além das normas penais carecerem de melhor rigor técnico em sua elaboração, não se apresentam sistematizadas e nem de longe atendem aos princípios da intervenção mínima e da *última ratio*. Com tudo isso, o que nos resta afinal é reconhecer a entrada em nosso mundo jurídico de mais algumas normas penais fadadas a jamais serem aplicadas. ●

## Notas

- (1) **JESCHECK, Hans-Henrich**. *Tratado de Derecho Penal*, trad. **José Luiz Manzaneres Samaniego**, 4ª ed., Granada: Comares, 1993, *passim*.
- (2) **A Era dos Direitos**, trad. **Carlos Nelson Coutinho**, 9ª ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992, pp. 6-49.
- (3) **A Bioética**, trad. **Paulo Goya**, São Paulo: Ática, 1998, p. 10.
- (4) **BRUNO, Aníbal**. *Direito Penal: Parte Especial*, v. 4, tomo 1, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 114.
- (5) *Ibid.*, p. 115.
- (6) **VELLOSO, Carlos Mário da Silva**. Prefácio da obra de **Sérgio FERRAZ**, *Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: Uma Introdução*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 7.
- (7) **TOLEDO, Francisco de Assis**. *Princípios Básicos de Direito Penal*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1991, p. 17.
- (8) **ROMEO-CASABONA, Carlos María**. *Genética y Derecho Penal...*, cit., p. 24.
- (9) **PRADO, Luiz Regis**. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996, *passim*.
- (10) **ROMEO-CASABONA, Carlos María**. *Do Gene ao Direito: Sobre as Implicações Jurídicas do Conhecimento e Intervenção no Genoma Humano*, trad. **Fabrizio Pinto Santos**, São Paulo: IBCCRIM, 1999, p. 330.
- (11) **BOBBIO, Norberto**. *A Era dos Direitos*, cit., p. 5.
- (12) *Ibid.*, p. 6.
- (13) **PRADO, Luiz Regis**. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*, cit., 1996, *passim*.

**Guilherme Alfredo de Moraes Nostre**  
Advogado, mestre e doutorando  
em Direito Penal pela USP



Gizam os artigos 348 e 349 do Código Penal que constituem crimes as condutas de auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública “autor de crime” e de prestar a “criminoso”, fora dos casos de co-autoria e receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime.

A pergunta: quem é “autor de crime” ou “criminoso”? A resposta: aquele que acaba de cometer um crime, está sendo perseguido logo após sua prática ou está em situação que faça presumir ser! Resultado: ledão engano.

Dando respostas como estas, profissionais do Direito, salvo exceções (vide principalmente **Celso Delmanto**<sup>(1)</sup>, donde se tirou a idéia central deste artigo), vêm colaborando para a aplicação de um Código Penal defasado, quanto à sua parte especial.

A resposta correta à pergunta, levando-se em consideração a leitura dos referidos tipos e não os elementos objetivos que deveriam constar nos mesmos, é dada pela nossa Carta Magna, em seu art. 5º, inciso LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. “Autor de crime” e “criminoso” (terminologia já defasada, que não deve ser utilizada), é aquele reconhecido como tal por sentença condenatória transitada em julgado. Outra não pode ser a interpretação de referidos tipos, que não a sistemática, para uma correta aplicação.

Suponha-se: Tício furta um veículo e se beneficia do auxílio prestado por Mévio, subtraindo-se assim da ação da autoridade pública (favorecimento pessoal). Posteriormente descobre-se a verdade e, conseqüentemente, Tício responde a processo penal por crime de furto e Mévio por crime de favorecimento pessoal. Ora, sabe-se que a instrução do crime de furto, que não é infração penal de menor potencial ofensivo, é mais morosa do que a de favorecimento criminal que, por outro lado, se processa perante o Juizado Especial Criminal. Pois bem, como con-

denar Mévio sem mesmo saber se Tício é considerado, verdadeiramente, autor de crime ou criminoso? E se este for considerado inocente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória de Mévio? Não se estaria cometendo uma injustiça contra este?

Sem dúvida!

Outra questão que não se pode olvidar é a de que, se for constatado posteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória do favorecedor que o mesmo é co-autor do delito principal, como se proceder?

Utilizando-se do exemplo citado, se Tício for condenado ou beneficiado, *mg.*, com o instituto da transação penal e, após, é constatado no processo de Mévio por crime de furto que Tício é co-autor ou partícipe do referido delito e, conseqüentemente, não autor do crime de favorecimento criminal, o que fazer? Puni-lo também pelo crime de furto? Não se configuraria *bis in idem*?

Pode-se até levantar a questão de que deveriam referidos processos ser reunidos para um julgamento conjunto, tendo em vista que os crimes de favorecimento criminal são acessórios, e que suas configurações dependem de prova a ser produzida em relação ao delito principal (conexão probatória).

Contudo, este é outro argumento que deve ser desconsiderado. Isso, pelo simples fato dos crimes de favorecimento criminal se situarem na classificação de infração de menor potencial ofensivo, o que impede que sejam processados e julgados pela Justiça Comum ou Especial, sob pena de invasão de competência material, violação do devido processo legal e privação de um direito público subjetivo do infrator.

Sustenta-se que deve constituir pressuposto dos delitos de favorecimento criminal a comprovação prévia, reconhecida por decisão transitada em julgado, da existência de crime anterior praticado pelo suposto favorecido.

“Autor de crime” e “criminoso” não

podem ser entendidos como “suspeito”, “indiciado”, “denunciado”, etc., sob pena de violação do princípio da reserva legal (5º, XXXIX, da CR/88 e art. 1º do Código Penal). Não se pode interpretar tais expressões como sinônimas, em razão da vedação do nosso sistema à interpretação extensiva e à analogia para incriminar.

Nossa Carta Constitucional tão aplaudida, notadamente no que concerne às garantias constitucionais, não merece reforma. Diga-se, não de forma tão urgente como necessita nosso Código Penal. Aquela constituiu um grande avanço que demorou séculos para ser alcançado e que durante muito tempo ainda pode ser utilizado. O Código, ao contrário, vem constituindo, no que concerne à sua parte especial, um grande retrocesso aos direitos da pessoa, devendo ser de uma vez por todas expurgado do ordenamento, criando-se um novo sistema de condutas a serem incriminadas que se adapte à nova luz constitucional vigente.

Utilizando-se da idéia do eterno **Celso Delmanto**<sup>(2)</sup>, entende-se que, sendo o Código Penal lei ordinária, é este que deve ser alterado, notadamente no que concerne aos delitos de favorecimento criminal, para se adaptar à Constituição de 1988, e não esta àquele.

Por fim, entende-se que os delitos de favorecimento criminal devem continuar existindo, contudo, sob uma nova égide. Da forma que está, sua aplicação deve ser restrita ao auxílio prestado àqueles condenados por sentença penal condenatória irrecorrível. ●

### Notas

(1) **DELMANTO, Celso et alii.** *Código Penal Comentado*, 6ª ed., São Paulo: Renovar, 2002, p. 716.

(2) *Ibid.*

**Cezar Felipe Colombari da Silva**

Estudante do 5º ano do curso de Direito da Unipar (Umuarama/PR) e estagiário do Ministério Público do Estado do Paraná, comarca de Alto Piquiri

### I SIMPÓSIO SOBRE CRIMES FALIMENTARES: OS DESAFIOS DA PERSECUÇÃO POLICIAL E JUDICIAL NA NOVA LEI DE FALÊNCIAS

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, em parceria com Academia de Polícia Civil do Estado de São Paulo – Acadepol e o Centro de Pós-Graduação da Universidade Nove de Julho – Uninove, realiza, nos dias 4 e 5 de julho, exclusivamente para delegados de Polícia, peritos criminais, docentes e alunos do curso de pós-graduação da Uninove, o *I Simpósio sobre Crimes Falimentares: os Desafios da Persecução Policial e Judicial na Nova Lei de Falências*.

**Local:** Auditório “Lídia Storópoli”, da Universidade Nove de Julho – Uninove – Rua Diamantina, 310 – Vila Maria.

**Informações e inscrições:** Academia de Polícia Civil do Estado de São Paulo

O “Grupo de Estudos sobre o Tribunal Penal Internacional”, formado a partir de um convênio de cooperação entre o Programa de Estado de Direito para América do Sul da Fundação Konrad Adenauer e a Faculdade de Direito da Universidade de Göttingen, Alemanha, reuniu-se no período de 4 a 6 de abril deste ano na Cidade do México, para a realização do colóquio internacional “*Dificuldades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación Del Estatuto de Roma*”.

O Grupo, do qual o IBCCRIM faz parte, dedica-se ao estudo de direito comparado sobre o Estatuto de Roma, com realce para a América Latina, e reúne-se anualmente desde janeiro de 2002. Atualmente é formado por membros de 13 países latino-americanos, a saber: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Costa Rica, Equador, El Salvador, Colômbia, México, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela.

No Colóquio, coordenado por **Kai Ambos, Jan Woischnik e Ezequiel Malarino**, discutiu-se sobre as dificuldades jurídicas e políticas para que os países participantes do grupo ratifiquem ou implementem o Estatuto de Roma. O resultado do estudo deverá ser publicado pela Fundação Konrad Adenauer ainda este ano.

El Salvador e Chile não aderiram ao Estatuto, porque entende-se nesses países que deve haver uma reforma constitucional que possibilite a sua assinatura. O México, por seu turno, assinou, mas ainda não ratificou o Tratado, porque, igualmente, faz-se necessária reforma constitucional. Outros países assinaram e ratificaram o Estatuto, mas

não o implementaram, revelando que, na América Latina, a sua aplicação ainda depende de avanços.

Nos diversos países estudados, os problemas, tanto para a adesão como para a implementação, não divergem muito: questões como a entrega dos nacionais, a prisão perpétua e a imprescritibilidade dos crimes punidos pelo Tribunal Penal Internacional têm sido suscitadas. Porém, como se viu, não constituem obstáculos intransponíveis.

O Brasil, que ratificou o Estatuto de Roma em 20 de junho de 2002, ainda não o implementou. O primeiro Grupo de Trabalho instalado pelo Ministério da Justiça apresentou um Anteprojeto, porém em razão de mudanças sugeridas pela Casa Civil, a Secretaria Especial de Direitos Humanos nomeou novo Grupo, em maio de 2004<sup>(1)</sup>, que até hoje não concluiu seus trabalhos.

É certo que, por suas características culturais, geográficas e históricas, as questões referentes ao Direito Penal Internacional não têm despertado grande atenção na sociedade civil, na comunidade acadêmica e nem nos meios oficiais, já que não há guerra interna ou externa no Brasil.

Todavia, ao aderir ao Tribunal Penal Internacional, o Brasil assumiu o compromisso de implementar, no Direito Interno, as normas do Estatuto e de regular as formas de cooperação com a Corte, fazendo-se necessário, pois, que, no plano legislativo, sejam tipificados os delitos e criadas as normas que disciplinem o processo.

Não se perca, ainda, de vista, que o art. 5º, § 4º, da Constituição da República,

resultante da Emenda Constitucional nº 45/2004, estabelece, expressamente, que: “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”, não havendo, pois, como se postergar a implementação, em nosso país, das normas do Estatuto de Roma.

As discussões acerca da constitucionalidade do Tratado, a essa altura, estão superadas, não havendo maiores problemas para a sua compatibilização com o ordenamento jurídico brasileiro, o que revela que, pelo menos no nosso país, as dificuldades são mais de caráter político do que jurídico para a implementação do Estatuto.

Espera-se, pois, que o Anteprojeto de Lei seja encaminhado, com a maior brevidade, ao Congresso Nacional, para que possa tornar possível o exercício primário da jurisdição pelo Estado Brasileiro e tornar viável a cooperação com o Tribunal Penal Internacional. 

## Nota

(1) O novo Grupo de Trabalho é composto pelos seguintes membros: **Adriana Lorandi** (coordenadora), **Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros**, **Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos**, **Carlos Frederico de Oliveira Pereira**, **Carolina Yumi de Souza**, **Denise Figueiral**, **Eugênio José Guilherme de Aragão**, **Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró**, **Raquel Elias Ferreira Dodge** e **Tarciso Dal Maso Jardim**.

**Maria Thereza Rocha de Assis Moura**

Advogada, professora doutora em Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da USP e 1ª vice-presidente do IBCCRIM

## I CONGRESSO DE CIÊNCIAS PENAIS DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO/SP

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, em parceria com o Instituto Apromax de Ensino, realizará nos dias 18 e 19 de agosto, na cidade de São José do Rio Preto/SP,  
o I Congresso de Ciências Penais de São José do Rio Preto/SP.

18/08/05

Professores e Imprensa

“A Reforma do Código de Processo Penal”

- Dr. Gustavo Henrique R. I. Badaró

“Segurança Urbana” - Dr. Theodomiro Dias Neto

19/08/05

Inscritos no Congresso

“O Inquérito Sigiloso e as Prerrogativas do Advogado”

- Dr. Alberto Zacharias Toron

“Bioética” - Dra. Stella Maris Martinez (Argentina)

“Adolescentes em Conflito com a Lei” - Dra. Karyna Sposato

“Culpabilidade como Fundamento e Limite da Pena”

- Dr. Guilherme Nucci

“Direito Penal do Inimigo” - Dr. Luis Fernando Niño (Argentina)



# SOBRE A ATIPICIDADE DA INTERRUPÇÃO DA GESTAÇÃO DE FETO ANENCÉFALO

Domingos Barroso da Costa

Domingos Barroso da Costa

Muito se tem discutido acerca dos aspectos criminais que envolvem a prática do aborto quando constatada a anencefalia do feto. A proteção ao “nascituro” tem sido contraposta aos danos psicológicos observados na mulher que suporta uma gravidez nestas circunstâncias, vendo-se aviltada em sua própria dignidade. Trata-se de questão merecedora do mais profundo debate, a exigir sejam sopesados aspectos médicos e jurídicos.

Primeiramente, observa-se a importância da delimitação do bem jurídico tutelado pelos tipos penais previstos nos arts. 124, 125 e 126 do Código Penal pátrio, todos relativos à prática do aborto. Nestes casos, conforme escorreita lição de **Luiz Regis Prado**, a tutela penal recai essencialmente sobre “a vida do ser humano em formação”. Ainda segundo o eminente jurista, neste sentido “protege-se a vida intra-uterina, para que possa o ser humano desenvolver-se e nascer”<sup>(1)</sup>. Posto isto, só se pode concluir que o objeto material do delito é o embrião ou feto humano vivo e apto a desenvolver-se, que esteja alojado no útero da gestante.

Ou seja, garante-se proteção jurídica ao embrião/feto vivo para que este tenha condições de vir ao mundo e tornar-se um indivíduo capaz de ampliar suas potencialidades enquanto tal. Trata-se de guarida correlata à que o Direito Civil confere ao nascituro e é a chave da discussão que ora se inicia e para cujo desenlace fazem-se necessárias algumas considerações acerca da anencefalia.

Conforme breve definição médica, consiste a anencefalia na má-formação congênita do sistema nervoso central, na qual o encéfalo é anaplásico (não se desenvolve) e a calota craniana está ausente, ficando a mal desenvolvida massa cerebral exposta<sup>(2)</sup>. Os hemisférios cerebrais e o cerebelo geralmente estão ausentes e identifica-se apenas um resíduo do tronco encefálico<sup>(3)</sup>. O que se observa, portanto, é um ser dotado apenas de fragmentos cerebrais, que tem seu fim inexoravelmente próximo, vez que não possui a estrutura encefálica necessária à realização das sinapses que possibilitarão a manutenção de uma respiração autônoma e o desenvolvimento de outras funções essenciais à existência.

Neste ponto, remetemo-nos a outra questão de suma relevância para o deslinde desta discussão, qual seja, a do momento de constatação da morte para efeitos legais. Como cediço, atualmente, num consenso de valores médico-jurídicos,

tem-se admitido a morte quando da constatação da falência encefálica, na qual se verifica lesão ou deterioração substancial e irrecuperável do cérebro, em que o sujeito se torna incapaz de viver de forma autônoma<sup>(4)</sup>, autorizando-se, inclusive, a doação de seus órgãos.

É o que preconiza a Lei nº 9.434/97, que em seu art. 3º, *caput*, assim dispõe:

“Art. 3º. A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinando a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina” (destaque nosso).

Definido este limite, como se admitir que o feto anencefálico tenha condições de vida, se as deformações constatadas em seu precário desenvolvimento indicam tratar-se de um ser que possui tão-somente resíduos do tronco cerebral, geralmente com hemisférios cerebrais e cerebelo ausentes?

Verifica-se, pois, a inviabilidade do feto, que só tem condições de manter algumas de suas funções, como batimentos cardíacos, enquanto ligado à mãe ou enquanto amparado por aparelhagem médica. E, se a tutela penal, como já dito, resguarda “a vida intra-uterina, para que possa o ser humano desenvolver-se e nascer”, não se pode conceber que também recaia sobre o feto que de antemão se sabe destituído das condições mínimas de sobrevivência, não se admitindo a punição à gestante ou a quem, com sua autorização, interrompa tal gravidez.

Levando-se em consideração a legalidade restritiva que permeia o tipo penal, tem-se a conduta acima sugerida por atípica, uma vez que direcionará a objeto não protegido por normas criminais, sendo destituída de potencial lesivo aos objetos materiais contidos nos tipos delimitados nos arts. 124, 125 e 126 do Código Penal Brasileiro.

Afastados os debates religiosos, há de se observar que vivemos num Estado laico, em que vige o princípio maior da dignidade da pessoa humana, cuja interpre-

tação não permite vislumbrar-se que uma mulher seja compelida a carregar em seu ventre um feto inviável, sem o mínimo potencial necessário para viver e tornar-se um indivíduo. Como supradelineado, as condições do anencefalo são compará-

veis ao do indivíduo a que sobreviveu falência encefálica, podendo, logo, ser considerado juridicamente morto.

Face às circunstâncias expostas, descabido falar-se sequer em direitos a serem sopesados proporcional-

mente, eis que ao feto anencefálico não se pode atribuir a mesma proteção jurídica conferida ao nascituro. Assim, a outra conclusão não se pode chegar senão pela atipicidade<sup>(5)</sup> da conduta da gestante que interrompe ou autoriza terceiro a interromper gestação de feto sabidamente acometido pela anencefalia, dentre as “monstruosidades fetais, das que mais impressiona médicos e leigos”<sup>(6)</sup>. ●

## Notas

- (1) **PRADO, Luiz Regis**. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, volume 2: parte especial: arts. 121 a 183, São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2000, 629, p. 88.
- (2) **PLESS, J.P.P.** “Malformações do sistema nervoso central e seus envoltórios”, in: **VAZ, F.A.C.** *Monografias Médicas: Série Pediatria*. Rio de Janeiro: Sarvier, 1983, XXIV, v. 399, p. 96.
- (3) **HASLAN, R.H.A.** “Anomalias congênicas do sistema nervoso central”, in: **BEHRMAN, R.E.; KLEGMAN, R.M.; ARVIN, A.M. NELSON**, *Tratado de Pediatria*, 15ª ed., Rio de Janeiro: Guanabara: Koogan, 1997, 2v., cap. 542, 2477, p. 1.777.
- (4) **PRADO, Luiz Regis**. *Op. Cit.*, p. 37.
- (5) Note-se que, em se tratando de conduta atípica, prescindível que o aborto de feto anencefálico seja incluído no Código Penal dentre as hipóteses acobertadas pelo art. 128.
- (6) **REZENDE, J.R.** “Distocias do cordão. Macroscopia do feto. Anencefalia. In: \_\_\_\_\_. *Obstetrícia*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Guanabara: Koogan, 1995, 1360, cap. 42, pp. 1.114/1.116.

**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 Unifranrio/Praetorium

Em 24/10/2000, a Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo editou o Provimento nº 32/00. Trata-se, em linhas gerais, de ato normativo com o objetivo de proteger testemunhas que, em razão de seu depoimento, estejam sofrendo coação ou ameaça, e consiste na possibilidade de serem omitidos nos autos informações a seu respeito. Tendo em vista os inúmeros debates travados desde então, especialmente em sede jurisprudencial, e também a relevância do tema para todos os operadores do Direito, escrevem a esse respeito Mário Augusto Bruno Neto, Davi Eduardo Depiné Filho e Eduardo Rheingantz.

## O DIREITO EM DEBATE:

# BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PROVIMENTO Nº 32/00

Mário Augusto Bruno Neto

Uma das grandes dificuldades daquelas que militam na esfera penal é a preservação da prova, mormente a testemunhal. Assim, tendo por escopo facilitar essa preservação, através do sigilo dos dados qualificativos da testemunha, a Egrégia Corregedoria-Geral de Justiça editou o Provimento nº 32/00.

A despeito de sua clareza e de sua intenção de preservar a integridade física e moral da testemunha, através do sigilo de seu nome e demais dados qualificativos, alguns, interpretando de maneira peculiar o aludido provimento, restringem a sua aplicação, entendendo que o sigilo não alcança o nome da testemunha, sob pena de se ver frustrado o direito de defesa.

Em que pese tal entendimento, parece-me que esta não é a interpretação que mais se coaduna com o espírito do Provimento 32. Vejamos.

Não se pode perder de vista que, se os fins sociais do Direito Penal são voltados, precipuamente, para a ressocialização do delinquente, também o são para a proteção da sociedade.

Neste desafio, importante é a função do juiz, que como homem de seu tempo, deve ficar atento a estes anseios sociais e dar-lhes uma pronta e eficaz resposta.

Pois bem. O juiz vivendo integrado na comunidade e portanto, conhecendo melhor suas necessidades diárias, deve ter em mente a situação social local.

São Paulo é uma cidade cosmopolita, com mais de 8 milhões de habitantes, oriundos de vários Estados e Países, com cultura e educação diferentes, o que tem o condão de causar grandes disparidades sociais, que se traduzem na formação de verdadeiros “bolsões de miséria” que convivem ao lado de verdadeiras “ilhas de riqueza”.

Assim, dadas estas peculiaridades características do Município, a delinquência, aliada ao consumo de “crack”, tem aumentado assustadoramente, intranquilizando a população a ponto da socieda-

de, constantemente, veicular propostas para o equacionamento do problema de segurança pública.

Destarte, em face dessa proliferação da criminalidade, urge que as autoridades constituídas dêem uma pronta e eficaz resposta, acautelando, assim, o meio social.

Neste ponto, ressalve-se, importante e nobre é a função do Judiciário.

No caso, dentro desse espírito, o que se discute é a publicidade irrestrita do nome da testemunha protegida.

Como exposto, argumenta-se que o Provimento nº 32/00 veda a divulgação dos dados qualificativos da testemunha (art. 3º), e que o nome não alcançaria os dados qualificativos.

**Fernando da Costa Tourinho Filho**, a este respeito ensina:

*“Qualificação, diz Tornaghi, é o ato de qualificar e, por extensão, o conjunto de qualidades que individualizam a pessoa (cf. Tornaghi, ‘Comentários’, cit. v. 1, p. 210).*

*Individualiza-se a pessoa pelo prenome, nome, apelido, pseudônimo, idade, estado civil, profissão, filiação, residência” (in: Processo Penal, v. 11, 13ª ed., Ed. Saraiva, p. 341).*

Não é outro o entendimento de **Julio Fabbrini Mirabete**:

*“Qualificar é apontar o conjunto de qualidades que individualizam a pessoa, nela se incluindo, o nome, cognome, nome da família ou apelido, pseudônimo, estado civil, filiação, cidadania, idade, sexo, estado físico” (in: Processo Penal, 2ª ed., Ed. Atlas, p. 124).*

Destarte, se o nome integra a qualificação do indivíduo, à evidência o nome está contido dentre os dados qualificativos da testemunha e, portanto, sujeito a sigilo.

Noutra quadra, observe-se que o artigo 7º, inciso IV, da Lei Federal nº 9.807/99, hierarquicamente superior ao Provimento nº 32, expressamente estatui que o nome integra os dados qualificativos à medida que proclama a preservação da identidade e dados pessoais da testemu-

nha protegida, ou seja, dentre outros o seu nome.

Ressalve-se, ainda, que tamanha é a preocupação do legislador em manter em sigilo o nome da testemunha protegida, que o artigo 9º da Lei nº 9.807/99 permite, até, a alteração do nome completo da testemunha protegida, mantendo-se em sigilo o nome alterado *ex-vi* do disposto no art. 9º, § 3º, inciso I, do mesmo Diploma Legal.

Assim, mesmo que entendêssemos que o Provimento nº 32/00 é omissivo quanto ao nome da testemunha protegida, tem-se que a Lei nº 9.807/99, repito, superior ao Provimento 32 (aqui entendido em seu aspecto técnico como uma resolução administrativa) deixa claro que o nome alcança a qualificação da testemunha e, portanto, deve ser mantido em sigilo.

Argumenta-se, ainda, que a não divulgação do nome da testemunha protegida poderá acarretar prejuízo ao exercício do direito de defesa. Analisemos a questão.

O direito de defesa vem expressamente garantido na Constituição pelo inciso LV do artigo 5º, que assegura aos “litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Assim, integram o direito de defesa o:

- a) conhecimento da imputação;
- b) poder contrariar a imputação inicial;
- c) acompanhar a prova produzida e fazer contraprova;
- d) a defesa técnica de advogado
- e) o duplo grau de jurisdição como garantia de recurso contra as decisões desfavoráveis.

Destarte, mais do que uma garantia do contraditório, tem-se que o direito de defesa decorre do próprio contraditório, ou seja, a ele é inerente.

No entanto, o contraditório, elevado a dogma constitucional, não é absoluto e sofre restrições.

Destarte, conquanto em tese seja assegurado à defesa o uso de todos os meca-

Mário Augusto Bruno Neto

➔ nismos legais para contrariar a imputação inicial (uma das facetas do direito de defesa), tem-se que tal direito não é absoluto, tanto que há restrições à produção de prova.

Com efeito, conquanto se reconheça o direito à prova, consubstanciado no reconhecimento à parte de empregar todas as provas de que dispõe com o fim de demonstrar a verdade dos fatos que fundamentam sua pretensão, tem-se que tal direito sofre limitações de origem processual, lógica ou epistemológica.

Nesse sentido, é a lição de **Antonio Magalhães Gomes Filho**:

*“O direito das partes à introdução, no processo, das provas que entendam úteis e necessárias à demonstração dos fatos em que se assentam suas pretensões, embora de índole constitucional, não é, entretanto, absoluto. Ao contrário, como qualquer direito também está sujeito a limitações decorrentes da tutela que o ordenamento confere a outros valores e interesses igualmente dignos de proteção” (in: Direito à Prova no Processo Penal, Ed. RT, p. 91).*

Portanto, de início, tenha-se presente que o direito à defesa não é ilimitado.

Por outro lado, tem-se que o direito de defesa é exercido através da defesa técnica e da autodefesa, a qual consiste na participação direta do réu em quase todos os atos do processo, inclusive produzindo alegações tendentes a demonstrar a sua inocência.

Pois bem. Da garantia do exercício da defesa técnica, ou seja, aquela exercida em nome do réu por profissional habilitado, já cuida o Provimento nº 32/00, porquanto, seu artigo 5º permite expressamente o acesso do defensor do acusado, aos dados qualificativos da testemunha protegida, aí incluído o nome.

Assim, a omissão, nos autos, do nome da testemunha protegida em nada prejudica a defesa técnica, porquanto o acesso a esse nome está expressamente garantido.

Resta-nos analisar a questão da autodefesa. A este respeito, argumenta-se que a não divulgação do nome da testemunha protegida prejudicaria o exercício da autodefesa do acusado, porquanto este teria o direito de saber quem o acusa.

Conquanto, *a priori*, reconheça que o argumento é sedutor, uma análise mais amíuade do tema, afasta o alegado. Assim, analisemos a natureza jurídica, conteúdo e limites da autodefesa.

A autodefesa é aquela exercida pelo próprio réu em alguns momentos do processo. Por força, da regra constitucional não pode ser dispensada, embora seja re-

**nunciável, ou seja, ao contrário da defesa técnica que é indisponível, a autodefesa é disponível.**

Assim, dada esta sua natureza jurídica, de disponibilidade, o acusado não está obrigado a comparecer para o interrogatório, ou mesmo de apresentar a sua versão, manifestação por excelência da autodefesa, podendo permanecer calado.

Noutra quadra, observe-se que a autodefesa se manifesta de diversas formas: direito de audiência, direito de presença e de postular pessoalmente.

Como faceta do princípio da ampla defesa, tal qual este, não é absoluta, podendo sofrer restrições, sem que isto importe em qualquer cerceamento.

De fato, é comum a testemunha, protegida ou não, depor na ausência do réu, valendo-se do disposto no artigo 217 do Código de Processo Penal.

Ora, considerando-se o conteúdo da autodefesa, em tese tal conduta violaria o princípio, porquanto o acusado teria o direito de presença em audiência. No entanto, como é sabido, tal prática, verdadeira praxe forense é largamente usada, sem que se alegue qualquer prejuízo à autodefesa do réu.

Contrariamente, a testemunha, nas mesmas circunstâncias, não pode se recusar a depor na presença do defensor, constituído ou dativo do acusado, e tal fato se dá, porque a defesa técnica é indisponível, ao passo que autodefesa é disponível.

Ainda, como decorrência da autodefesa, poderia o acusado postular pessoalmente. No entanto, a própria lei limita o exercício de tal direito, ao estatuir, salvo algumas exceções, que o direito de postular em Juízo, é restrito ao profissional habilitado.

Por outro lado, tem-se firmado jurisprudência no sentido de que, havendo conflito entre a autodefesa e a defesa técnica, esta deve prevalecer, como por exemplo, no caso de o réu querer recorrer de uma sentença desfavorável e o seu defensor entender que o recurso não é conveniente.

Observe-se, portanto, que a defesa técnica e a autodefesa têm natureza jurídica diversa, porquanto a primeira é indisponível e a segunda disponível, renunciável.

Assim, dada esta sua natureza jurídica, não é imperativo que o juiz indique ao réu o nome da testemunha protegida, para que ele possa, validamente, exercer a autodefesa, porquanto esta somente se completa com a defesa técnica, a qual tem acesso garantido à informação. Aliás, a não ser por questão ética, nada

impede que o defensor, tendo acesso ao nome da testemunha protegida, o divulgue ao acusado.

Note-se que o entendimento de que a não divulgação do nome da testemunha protegida ao réu constitui cerceamento de sua autodefesa, no mínimo causa espécie, vez que conforme acima exposto, ao longo do procedimento, o próprio Juízo, restringe o exercício da autodefesa, quando, por exemplo, determina a retirada do acusado da sala de audiências para a colheita de um depoimento, e o faz justamente porque a autodefesa é disponível e, se o é, é desde o início da relação processual, e não somente quando o Juízo julga conveniente.

A lei, portanto, não exige que se divulgue ao réu o nome da testemunha protegida, ao contrário, a supra-referida Lei nº 9.807/99 veda tal prática, sem que isto importe em qualquer cerceamento de autodefesa.

Por derradeiro, argumenta-se que a não divulgação pública do nome da testemunha protegida acarretaria ofensa ao princípio da publicidade.

Assim como os demais princípios que informam o processo penal, o da publicidade não é absoluto, tanto que a doutrina o classifica em pleno e restrito.

Há publicidade plena quando os atos do processo estão abertos ao público em geral. É restrita quando o acesso aos atos do processo fica assegurado apenas aos sujeitos da relação jurídica processual, como por exemplo no caso do já citado artigo 217 do Código de Processo Penal e na hipótese prevista no artigo 792, § 1º, do mesmo Diploma Legal.

Destarte, a restrição da publicidade quanto ao nome da testemunha e sua qualificação não fere qualquer princípio processual, sob pena de termos como ilegal as normas acima citadas.

Do exposto, é de se concluir que a manutenção do sigilo do nome da testemunha protegida não fere qualquer princípio processual; não prejudica o exercício do direito de defesa, que permanece preservado; muito menos acarreta em ofensa a publicidade dos atos processuais.

Por derradeiro, tem-se que o Egrégio Tribunal de Justiça, analisando a questão, já firmou entendimento dando conta que o nome integra a qualificação e, portanto, está sujeito ao sigilo (MS nº 448.578.3/5).

Estas, as breves considerações que gostaria de trazer à reflexão. 

**Mario Augusto Bruno Neto**  
6º promotor de Justiça da Infância e da Juventude da Capital de São Paulo



Em 24 de outubro de 2000, a Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, visando, entre outros objetivos, “o aperfeiçoamento e eficácia da investigação policial e do processo criminal”, editou o **Provimento nº 32/00**.

Dispõe o provimento que, nos processos envolvendo delitos sujeitos à prisão temporária (artigo 1º), caso vítimas ou testemunhas reclamem de coação ou ameaça, “em decorrência de depoimentos que devam prestar ou tenham prestado” (artigo 2º), delegados de Polícia e juízes de Direito estão autorizados a suprimir dos autos de inquérito e de processo “qualquer de seus endereços e dados de qualificação”, que ficarão “anotados em impresso distinto” (artigo 3º).

Estima-se que só na 1ª Vara do Júri de São Paulo, cerca 700 (setecentos) processos criminais tenham, a partir de novembro de 2000, observado a incidência do Provimento nº 32/00<sup>(1)</sup>.

Dois problemas distintos devem ser analisados em relação ao referido ato normativo: sua **constitucionalidade** e a **interpretação que lhe vem sendo conferida em primeira instância**.

Quanto à sua interpretação, diversos inquéritos policiais, oriundos especialmente da Divisão de Homicídios e Proteção à Pessoa (DHPP), da Polícia Civil paulista, já chegam ao Ministério Público com testemunhas que, além de terem suas qualificações suprimidas, **têm também seus nomes substituídos por codinomes** (Alfa, Beta, Chico, Bento, entre outros) **ou simplesmente por números** (test. 01, test. 02). Geralmente, em tais inquéritos policiais, não há qualquer manifestação formal da autoridade policial sobre a providência adotada, e a presença dos requisitos exigidos pelo provimento é pressuposta.

Ao denunciar, o promotor de Justiça vem respeitando o que já foi decidido pelo delegado de Polícia, repetindo na denúncia os codinomes escolhidos na fase policial. A denúncia é recebida e a aplicação do provimento é corroborada tacitamente.

Os nomes das testemunhas e suas qualificações ficam registrados em pasta específica e o advogado de defesa só tem acesso aos dados caso peticione e obtenha autorização judicial, ficando seu nome anotado em livro próprio (artigo 5º).

O absurdo ainda ganha maiores proporções, agora com a **marca do provimento** (art. 4º - “Na capa do feito serão lançadas **duas tarjas vermelhas, que identificam tratar-se de processo onde vítimas ou testemunhas postularam o sigilo de seus dados e endereços,...**”). Por ocasião da audiência instrutória, a testemunha ou a vítima, cujo

nome está em sigilo, faz uso, como se fosse mera opção sua, do disposto no artigo 217 do Código de Processo Penal, depondo sem a presença do acusado.

Caso o advogado não tenha tomado a providência de verificar o nome da testemunha previamente, o acusado — ausente da sala — não terá condições de fornecer ao seu defensor informações acerca de tal pessoa, as quais poderiam subsidiar eventual contradita, nos termos do artigo 214 do CPP. Tem-se, então, uma testemunha sem nome e sem rosto, nos moldes do processo inquisitorial implementado pelo Direito Canônico medieval<sup>(2)</sup>.

Os defensores do provimento, e da sua interpretação nesse sentido, afirmam inexistir violação ao contraditório, pois o defensor, desde que peticione, terá acesso aos dados. Qual a função, então, do provimento?

Nenhuma, pois o advogado de defesa que não informar ao acusado o nome da testemunha que contra ele depõe estará sonegando informação essencial e violando, assim, o seu mandato. Com a obrigação de informar, cai por terra qualquer utilidade ou eficácia do provimento, a não ser fazer com que recaia sobre a pessoa do advogado de defesa eventuais suspeitas, ainda que veladas, caso algo ocorra com a testemunha sigilosa.

Para a testemunha, porém, há uma grande diferença. Frequentemente, a testemunha sigilosa, ao ser ouvida, acredita que a defesa jamais terá conhecimento de seus dados e que, portanto, estará protegida contra qualquer eventual represália. Percebe-se o engodo, o Estado não cumpre o que a lei lhe determina e oferece à testemunha amedrontada um placebo, apenas para que esta preste depoimento, apenas para que esta preste depoimento, acreditando na guarida do ineficaz aparato estatal. Nada mais cruel.

Há, ainda, casos em que a testemunha protegida é, na verdade, um informante da polícia, geralmente aliciado nas trincheiras da criminalidade. Sob suposto sigilo, depõe em diversos processos, às vezes contra o mesmo réu. Isso quando a testemunha não revela em Juízo lhe ter sido oferecido, como barganha, o sigilo de seu nome para que viesse prestar depoimento.

Há casos, ainda, de depoimentos simplesmente retirados dos autos e de outros em que relatos feitos pela testemunha — que poderiam conduzir à sua identificação — foram obliterados (literalmente rabiscados nos autos) por determinação judicial.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em reiteradas decisões, tem fixado o entendimento de que o provimento não au-

toriza a supressão do nome das testemunhas, mas apenas de seus dados qualificativos. Segundo acórdão da lavra do desembargador **José Damião Pinheiro Machado Cogan** (HC nº 376.330-3/5-00, da Comarca de São Paulo, j.18.04.02): “Correta, portanto, é a interpretação de que para as testemunhas resguardadas por tal Provimento deve-se omitir apenas sua qualificação e endereço, tornando público o nome da testemunha para possibilitar ampla defesa”.

O artigo 187, § 2º, IV, do Código de Processo Penal, com a redação determinada pela Lei nº 10.792/03, torna ainda mais clara a indevida interpretação conferida ao provimento, ao dispor que o acusado, na segunda parte de seu interrogatório, deverá ser perguntado “se conhece as vítimas ou testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas”.

Não se olvida que testemunhas devem ser protegidas, não só as arroladas na denúncia, mas eventualmente testemunhas de defesa. Louváveis, nesse sentido, a Lei nº 9.807/1999 e o Decreto nº 3.518/2000, que disciplinam e regulamentam o programa federal de proteção a vítimas, testemunhas e acusados colaboradores.

O Provimento nº 32/00, contudo, antes de reforçar as medidas da legislação protetiva, inutiliza-a, pois a única medida tomada para a proteção de testemunhas ameaçadas acaba sendo a supressão de seus dados do processo, criando uma falsa aparência de que o problema foi realmente enfrentado e de que a testemunha está verdadeiramente protegida.

Para se ter uma idéia de quão absurda é a prática cotidiana, em quase nenhum dos feitos que recebe a aplicação do provimento há, simultaneamente, a determinação de abertura de inquérito policial para a apuração de eventuais delitos de ameaça ou de coação no curso do processo.

Cria-se, assim, uma fórmula simples para que o depoimento de uma testemunha adquira maior valor probante; basta que esta simplesmente relate ter sido ameaçada ou coagida — nos estritos termos do provimento, sem qualquer comprovação — para que o processo instaurado contra o acusado receba as tarjas vermelhas que identificam a providência adotada, e inverta-se a presunção de inocência. O impacto de tal inversão será danoso nos processos que tramitam no Juízo singular, e será fatal nos feitos julgados pelo Tribunal do Júri, afetando a livre formação do convencimento dos jurados.

Quanto ao primeiro aspecto (constitucionalidade do provimento), apresentaram-se evidentes os vícios que maculam

➔ o Provimento 32/00 de inequívoca inconstitucionalidade. O artigo 22, I, da Constituição Federal prevê ser da competência privativa da União legislar, entre outras matérias, sobre direito processual; já a competência legislativa concorrente permite ao Estado, apenas e tão-somente, legislar sobre **procedimentos** em matéria processual (artigo 24, XI).

Apenas para argumentar, ainda que o teor do Provimento viesse veiculado em lei estadual, o vício estaria presente, pois a matéria nele tratada não se refere a procedimento, mas sim a questões atinentes ao processo, afetando a ampla cognição das partes sobre o conteúdo dos autos.

A supressão de dados de qualificação de testemunhas e vítimas altera o disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal, bem como o previsto no artigo 8, item 2, b, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (*"Artigo 8. 2. ... Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: ... b) comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada;"*)<sup>(3)</sup>.

Entre as medidas previstas na Lei nº 9.807/99 e no Decreto nº 3.518/00, não se encontram providências semelhantes às estipuladas no provimento, e acabam por superar a intenção do legislador federal. A preservação da identidade da testemunha, prevista nos atos normativos tratados (art. 7º, IV, da Lei e art. 1º, III, do Decreto), diz respeito à identidade por ela obtida após o seu ingresso no programa de proteção, bem como à preservação de sua imagem e dados **fora do processo**. Entendimento contrário importaria em clara violação às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Ainda que se visualize a aplicação do provimento, tal qual idealizado, por vezes será relevante à defesa ter conhecimento dos dados qualificativos da testemunha (por exemplo, para confrontar eventual relato de testemunha que disse

ter, de sua casa, presenciado o crime). O acesso à defesa será, portanto, sempre essencial e, nesse ponto, não se pode separar a autodefesa da defesa técnica, já que esta estará sendo subsidiada por aquela.

O Provimento nº 32/00 torna o processo palco de uma terrível encenação. Não se pode subtrair da parte o conhecimento dos dados processuais, sem afetar a paridade de armas e o devido processo legal. O sigilo, caso necessário, só poderia ser decretado, por fundamentada decisão e em relação a pessoas estranhas ao processo. (D)

## Notas

- (1) Na diretoria da 1ª Vara do Júri de São Paulo há 13 pastas completas, com duzentas folhas cada uma (artigo 3º do provimento: *"No ofício de Justiça, será arquivada a comunicação em pasta própria, autuada com, no máximo, duzentas folhas, numeradas, sob responsabilidade do Escrivão"*), sendo que o registro de cada processo, em que testemunhas ou vítimas tiveram suas qualificações suprimidas, abrange em média quatro ou cinco folhas. Tais informações foram obtidas sem que se tivesse contato com o conteúdo das pastas sigilosas.
- (2) Segundo **A. Esmein**, durante a evolução do processo inquisitorial canônico, especialmente com os decretais dos **Papas Bonifácio VIII, Pio IV e Paulo III**, acabou-se por impedir ao acusado o conhecimento do nome das testemunhas que tivessem prestado, em sigilo, depoimentos que o incriminassem (*in A History of Continental Criminal Procedure*, Nova Iorque: Augustus M. Kelley, 1968, pp. 92/93).
- (3) A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em 22 de novembro de 1969, foi promulgada no ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

**Davi Eduardo Depiné Filho**

Procurador do Estado de São Paulo, atuando na Procuradoria de Assistência Judiciária do 1º Tribunal do Júri de São Paulo, e mestrando em Processo Penal pela USP

## SEMANA JURÍDICA DA FACULDADE DE DIREITO DE DIADEMA/SP

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, em parceria com a Faculdade de Direito de Diadema/SP, realizará entre os dias 23 e 26 de agosto,

**Semana Jurídica**, exclusivamente para alunos da Faculdade.

23/08/05

*"Relação do advogado com a família do preso"* - **Dra. Carmen Silvia de Moraes Barros e Dra. Adriana Ponchirolli**

24/08/05

*"Crimes contra o idoso"* - **Dr. Oscar Ferraz Gomes**

25/08/05

*"Escola de Chicago e a cidade de São Paulo"* - **Dr. Davi Tangerino**

26/08/05

*"Porte de arma e a questão das campanhas de desarmamento e referendo"*

- **Dr. Alexis Augusto Couto Brito**

Mais informações através do e-mail: [eventos@ibccrim.org.br](mailto:eventos@ibccrim.org.br)



**IBCCRIM**

**INSTITUTO BRASILEIRO  
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS  
- IBCCRIM -**

(FUNDADO EM 14.10.92)

**DIRETORIA DA GESTÃO 2005/2006**

### COORDENADORES ESTADUAIS:

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

O Estado tem o dever de proteger o cidadão, garantindo-lhe a vida e a segurança (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal). E esse dever se agrava quando é o próprio Estado que impõe ao cidadão uma situação de risco, tornando imprescindível uma medida efetiva de proteção.

É o caso da testemunha no processo penal. De fato, como se sabe, todos podem e, em regra, todos devem ser testemunha (artigo 202 c/c artigo 206, ambos do Código de Processo Penal). É uma obrigação legal que se fundamenta na necessária colaboração do cidadão com o Estado para a efetiva realização dos objetivos fundamentais inscritos na Constituição (artigo 3º).

Mas essa obrigação impõe, muitas vezes, sérios riscos às pessoas, as quais, por causa disso, sentem-se desestimuladas a colaborar com o Estado, gerando uma crise entre a obrigação de depor, o dever de proteção e o direito à segurança.

Para resolver essa crise, foi criado um programa federal de assistência a vítimas e testemunhas ameaçadas, instituído pela Lei nº 9.807/99, com o objetivo de estimular a colaboração das pessoas na investigação criminal e no processo penal. O programa federal foi seguido de programas estaduais com esse mesmo objetivo, sendo que o do Estado de São Paulo foi instituído pela Lei nº 10.354/99.

Paralelamente, a Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo baixou o Provimento nº 32/00. Trata-se de projeto menos ambicioso que os programas mencionados, pois não tem o alcance nem a dimensão deles. Visa, tão-somente, omitir, no inquérito policial ou no processo penal, os dados qualificativos de vítimas ou testemunhas que se digam ameaçadas. Os

programas de proteção às testemunhas compreendem medidas bem mais amplas, tais como segurança permanente, transferência de residência e ajuda financeira. É certo, também, que o provimento se aplica apenas aos crimes referidos no artigo 1º da Lei nº 7.960/89 — que dispõe sobre a prisão temporária —, enquanto os programas de proteção às testemunhas são usados em qualquer crime.

Ocorre que, em ambos os casos (os programas e o provimento), conjectura-se um conflito entre a segurança das testemunhas (que as medidas visam proteger) e o direito de publicidade dos atos processuais (mitigado pela omissão, nos processos, dos dados qualificadores de vítimas e testemunhas), este último diretamente ligado ao princípio da ampla defesa, igualmente consagrado no já referido artigo 5º da Constituição Federal.

Tal conflito, no caso do Provimento nº 32/00, é apenas aparente, estando presente, entretanto, na lei federal.

De fato, com relação ao provimento, está bem claro que, apesar da omissão, no inquérito e no processo, dos dados qualificativos da vítima ou testemunha ameaçada, eles serão arquivados em pasta própria, cujo acesso é garantido ao defensor do réu (cf. artigo 5º).

Ou seja, o réu sempre saberá quem são as testemunhas do processo, seus nomes e suas qualificações. Nesse caso, a ampla defesa está preservada, já que um de seus corolários — a publicidade do processo — não é prejudicado.

Quanto à lei federal, contudo, quando ela diz no seu artigo 7º que, dentre as medidas aplicáveis em benefício da vítima ou testemunha protegida, estão a “pre-

servação da identidade, imagem e dados pessoais” e o “sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida”, o problema é bem mais complexo.

Por princípio, o acusado tem o direito de saber qual é a prova da acusação, quem é a testemunha que o está acusando e qual o teor dos depoimentos, pois, do contrário, não tem sentido se falar em ampla defesa.

Mas, e quando a testemunha corre risco real caso o acusado conheça quem ela é e o quanto ela sabe do fato criminoso? Estamos, nesse caso, num conflito evidente entre valores fundamentais, cuja solução só pode ser encontrada no exame mais aprofundado de cada situação. A tensão entre princípios é questão tormentosa, principalmente quando, ao se prestigiar um deles, nada reste do outro.

Entretanto, como não pode haver problema sem solução, deve-se sempre procurar conciliar os valores em conflito. A solidariedade devida à vítima ou testemunha ameaçada deve se harmonizar com os direitos do acusado, de tal modo que aquelas possam sobreviver sem se infligir injustiças a este último.

Em síntese, evitando-se posições inconciliáveis, a conclusão é que, visto objetivamente o problema, não há como se aplicar a ele conceitos universais, bastando que, respeitada a pluralidade de opiniões, a solução seja coerente com o sistema jurídico e tão consistente quanto os objetivos fundamentais desta República, cuja realização deve vincular todos os nossos juízos públicos e particulares. 

Eduardo Rheingantz

Promotor de Justiça do

1º Tribunal do Júri de São Paulo

## SEMINÁRIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – MANAUS/AM

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, em parceria com o Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado do Amazonas, realizará, nos dias 02 e 03 de setembro, Seminário de Ciências Criminais, na cidade de Manaus/AM, estando confirmadas as seguintes presenças:

Drs. Ada Pellegrini Grinover,  
Antonio Magalhães Gomes Filho,  
Cristiano Avila Maronna, Ivete Senise Ferreira,  
Marco Antonio R. Nahum e Renato Lima.

Mais informações através do e-mail:  
[eventos@ibccrim.org.br](mailto:eventos@ibccrim.org.br)

## CICLO DE PALESTRAS NO RIO GRANDE DO SUL

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, realizará nos meses de setembro, outubro e novembro, o Ciclo de Palestras no Rio Grande do Sul, estando confirmadas as seguintes presenças:

01/09/05 - Passo Fundo/RS  
Dr. Sérgio Salomão Shecaira  
10/10/05 - Canoas/RS  
Dr. Davi de Paiva Costa Tangerino  
21/10/05 - Santa Maria/RS  
Dr. Carlos Vico Mañas  
11/11/05 - Pelotas/RS  
Dr. Theodomiro Dias Neto

Mais informações através do e-mail: [eventos@ibccrim.org.br](mailto:eventos@ibccrim.org.br)



# DA IMPOSSIBILIDADE DO JUIZ CONDENAR QUANDO HÁ O PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO FORMULADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Américo Bedê Freire Júnior

Numa primeira leitura o tema do presente texto parece inócuo em face da expressão previsão do artigo 385 do CPP, que autoriza o magistrado a condenar o réu mesmo que o Ministério Público tenha requerido a absolvição em alegações finais. Todavia de plano afirmamos que tal dispositivo não foi recepcionado pela Carta Magna de 1988.

Inicialmente, insta frisar que não há qualquer divergência de que na ação penal privada, existindo o pedido de absolvição, o juiz não pode condenar o réu, uma vez que se estará diante de uma das hipóteses de preempção estabelecida no artigo 60 do CPP.

O ponto de divergência reside, portanto, na ação penal pública, especialmente a partir da adoção do sistema acusatório pela Carta Magna de 1988. Ora, a doutrina repete, à exaustão, que uma das principais consequências da adoção desse sistema é a separação entre o órgão de acusação e o órgão que irá efetuar o julgamento.

Ora, deve-se ir além. Mais do que simplesmente a separação entre acusação e julgamento há, para a 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 o 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.

Interessante observar que ninguém controverte que antes da propositura da ação penal a decisão sobre o oferecimento ou

não da denúncia em última análise compete ao Ministério Público.

Acontece que o oferecimento da denúncia não esgota por si a acusação, posto que ela deve perdurar até o momento de uma eventual condenação. Quando o MP pede a absolvição, materialmente está retirando a acusação e, portanto, é impossível a condenação do réu.

O processo penal após a Constituição vem sofrendo o influxo do reconhecimento dos direitos fundamentais como epicentro do sistema jurídico, de onde se constata que a interpretação aqui defendida é a que melhor se coaduna ao espírito garantista que deve permear os operadores jurídicos.

Não se pode analisar a discussão sobre o ângulo de ampliar ou reduzir o poder dessa ou daquela instituição, mas sim de verificar que somente é possível condenar o réu quando os dois filtros do Estado (MP e juiz) entendem que existiu por parte do réu a violação de um bem jurídico relevante tipificada penalmente.

O sistema acusatório foi construído para servir de direito fundamental do réu e não para garantir o direito de punir do Estado. Ora, de nada adianta afirmar que há a separação se apenas a vontade do juiz for suficiente, *de per se*, para condenar o réu.

Definitivamente, não é papel do juiz acusar ninguém. Logo, retirada a acusação, a absolvição é medida que se impõe.

Ante o exposto conclui-se afirmando ser inconstitucional a decisão do juiz, que condena o réu quando o Ministério Público formula o pedido de absolvição em alegações finais. ●

**Américo Bedê Freire Júnior**  
Juiz federal substituto, professor de Processo Penal FDV/ES, mestre em Direitos Fundamentais/FDV e ex-promotor de Justiça/MA

Américo Bedê Freire Júnior

## 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 - ADPESP
  - Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal - Rg. SP - ADPF
  - Associação Paulista de Magistrados - Apamagis
  - Curso Anglo Triumphus - Sorocaba
  - Curso C.P.C.
  - Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/SP
  - Veredito Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas - Campinas

Apoio:



## SEMINÁRIO DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL NOVAS PERSPECTIVAS – GOVERNADOR VALADARES/MG

A 43ª Subseção da **Ordem dos Advogados do Brasil** - seção de Minas Gerais, realizará, em parceria com o **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM**, entre os dias 17 e 19 de agosto, na cidade de Governador Valadares/MG, o “Seminário de Direito Penal e Processual Penal – Novas Perspectivas”.

17/08

“Novos Rumos do Direito Processual Penal” - Dr. Maurício Zanoide de Moraes

18/08

“Novos Rumos do Direito Penal” - Dr. José Carlos Dias

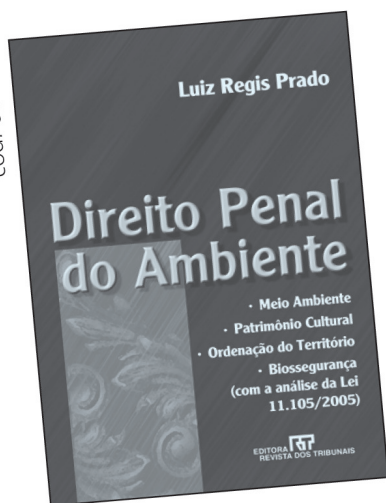
19/08

“Juizados Especiais Criminais” - Dra. Maria Lúcia Karam

Mais informações através do e-mail: [eventos@ibccrim.org.br](mailto:eventos@ibccrim.org.br)

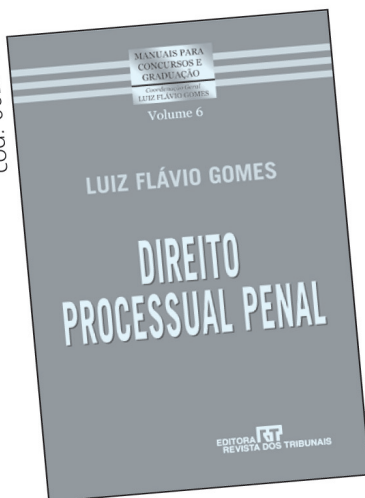
# Lançamentos Editora Revista dos Tribunais

cód. 002635



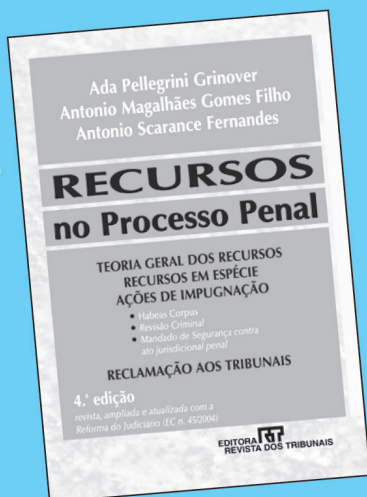
**620 páginas**  
**capa flexível**

cód. 002744



**416 páginas**  
**brochura**

cód. 002759



**462 páginas**  
**brochura**

cód. 002736



**160 páginas**  
**brochura**

**Faça já sua  
assinatura  
da Revista  
Brasileira de  
Ciências  
Criminais 2005**

Consulte-nos para  
saber sobre  
descontos e  
condições especiais  
de pagamento.

**Ligue**  
**0800 702 2433**

**EDITORIA RT**  
**REVISTA DOS TRIBUNAIS**  
**www.rt.com.br**

**livraria**  
**RT**

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