

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

IBCCCRIM

EDITORIAL

STF E POLÍTICA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO

Em todos os países em que a tutela da Constituição compete em última ou única instância a um Tribunal Constitucional, é comum se afirmar que esse tribunal assume funções jurídicas e também políticas. Jurídicas, pois é órgão máximo do Poder Judiciário; políticas, porquanto cabe a ele interpretar e “dizer a última palavra” sobre o texto legal de maior influxo político de um país, a sua Constituição. Impossível a separação clara e precisa entre o término da decisão jurídica e o início do julgamento político. Os caminhos não se entrelaçam, pois não são dois, mas um único que contém dois matizes.

A questão não se coloca, portanto, em se o Supremo Tribunal Federal deve decidir de maneira política ou jurídica as principais questões que atormentam a nossa Nação. Pensar assim é ter a certeza de que o texto constitucional sempre deverá ceder a um novo e espasmódico anseio político (público ou privado). É afirmar que a segurança jurídica e as grandes conquistas juspolíticas dos direitos fundamentais e de um sistema jurídico equilibrado devem ceder se a “pressão política” for de “alta proporção”. Caminhar por essa seara é apequenar a função reservada ao maior Tribunal da Nação.

Se observarmos que: a) a maior parte das ADIns são propostas por partidos políticos de menor expressão que se utilizam desse meio jurídico para defender suas vencidas posições políticas; b) o Poder Executivo sempre se serve de medidas judiciais originárias daquele Tribunal para fazer prevalecer suas posições de política econômica; c) muitas Instituições (públicas e privadas) se servem de medidas judiciais (diretas ou indiretas) para forçar o Supremo à tomada de uma posição que lhes favorece os desejos (constitucionais ou não), verificaremos que a escolha de um critério casuístico e submetido a pressões políticas momentâneas relegará o Supremo Tribunal Federal a um plano secundário; torná-lo-á uma instância homologatória de critérios casuísticos movidos por anseios executivos, legislativos ou institucionais. Esse, seguramente, não é o melhor critério juspolítico a ser seguido por nosso Tribunal Constitucional.

O Supremo Tribunal estará se apequenando, se iniciar um processo de decisões políticas que, a pretexto de melhor adaptar o texto constitucional a uma nova realidade brasileira, inicie um processo de fissuras casuísticas no texto constitucional.

Ao Supremo cabe, através de suas decisões, dizer a todos quando e se erraram e, portanto, que devem arcar com seus erros históricos, políticos, jurídicos ou econômicos. Cabe dizer ao Executivo que foi ineficiente e relapso em seu planejamento estratégico e econômico e que a conta não pode ser paga pelo cidadão e à custa da Constituição. Cabe dizer ao Legislativo que o debate democrático deve ser respeitado e que os dispositivos aprovados, desde que conformes com o texto constitucional, devem ser acei-

tos pelos vencidos; assim como também deve dizer ao Legislativo que não se faz política de momento, aprovando-se leis punitivas e inconstitucionais para satisfazer anseios midiáticos ou populares em detrimento da Constituição. Cabe dizer a qualquer cidadão ou instituição que o descumprimento do texto constitucional nunca é o melhor caminho para a obtenção de aparentes e mais imediatos resultados, pois a longo prazo implicará o caos sistêmico e legal. O Supremo Tribunal Federal deve ter um papel mais sereno e mais independente das pressões com as quais as questões são iniciadas.

Quando uma inconstitucionalidade for perpetrada por qualquer Poder, instituição ou cidadão, seu agente sempre terá uma boa razão (real ou fictícia) a justificá-la. Sempre haverá argumentos aparentemente justificáveis. O que não se pode admitir é que esses argumentos casuísticos e inchados de boas intenções sejam transformados em argumentos *ad terrorem* para colocar o Supremo Tribunal Federal como o maior responsável pelo caos, se os declarar inconstitucionais. Com a constitucionalidade de uma lei, ato ou comportamento não há negociação. Ou é constitucional ou será inconstitucional. Entre a legalidade e a ilegalidade não cabe ao maior Tribunal da Nação buscar uma medida intermediária. Aristóteles, filósofo a defender que a virtude reside no meio (*in medio stat virtus*), verificou que, embora essa posição seja a regra, há conceitos absolutos que não comportam um termo médio e, dentre eles, destacou a justiça. Afirmava ele que ou temos justiça ou injustiça, não há meio termo. O mesmo pode ser dito da constitucionalidade de uma medida. Ou ela é constitucional ou é inconstitucional. E, se for inconstitucional, deverá o seu agente (público ou privado) entender que nunca um caminho ilegal poderá conduzir a bons frutos. Os resultados imediatos, mesmo que aparentemente bons e justificáveis, na medida em que violam os direitos e garantias fundamentais ou o equilíbrio do sistema jurídico trarão como fruto mediato e certo uma crescente desestabilização social, institucional, política e econômica, pois não haverá mais a segurança jurídica estabelecida em um texto que deve ser o norte para os demais, a Constituição Federal.

O bom critério político a guiar a interpretação de uma norma constitucional não é o casuístico ou aquele que imputa ao Poder Judiciário a culpa pelos atos inconstitucionais de outrem. A boa decisão não é aquela obtida pelo signo do medo ou da responsabilização pelo pseudocaos jurídico, econômico, social. O bom critério para a escolha não é aquele que serve para justificar momentâneas e aparentes medidas falsamente eficazes. A boa escolha política é aquela que sobrepara ao momento presente e vislumbra qual o mais seguro caminho para o futuro, muito embora ele aparentemente não sirva aos imediatistas que só vêem o passado e

Editorial

Índice

EDITORIAL: STF E POLÍTICA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO	1
O INDULTO E AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO Salo de Carvalho	2
O “REDESCOBRIMENTO” DA VÍTIMA: UMA ESPERANÇA Selma Pereira de Santana	4
A FALÁCIA DA FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES CONTRA OS DIREITOS HUMANOS Marcus Vinicius Amorim de Oliveira	6
A INFLUÊNCIA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO NA IMPARCIALIDADE DOS JURADOS Welton Roberto	7
BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A COMPETÊNCIA PARA A APURAÇÃO DOS CRIMES DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO Moacir Martini de Araújo	9
A OPACIDADE DA DISCUSSÃO EM TORNO DO PROMOTOR INVESTIGADOR (MUDEM OS INQUISIDORES, MAS A FOGUEIRA CONTINUARÁ ACESA) Aury Lopes Jr.	10
STF CONCEDE A ADVOGADO O ACESSO AOS AUTOS César Peres	12
TRANSACÇÃO PENAL: A QUEM CABE DAR DESTINAÇÃO À PENA APLICADA? Éder Jorge	13
SOBRE OS DISPARATES NA CONSIDERAÇÃO JURÍDICA DA EMBRIAGUEZ Tamar Oliva	14
A BANALIZAÇÃO DOS “CRIMES-OBSTÁCULO”: UM PROBLEMA CIENTÍFICO E DE SEGURANÇA NO TRÂNSITO Cássio M. Honorato	16
COM A PALAVRA, O ESTUDANTE: INFLUXOS DA CONCEPÇÃO DE DIREITO PENAL DE AUTOR NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA Reinaldo Daniel Moreira	18
Caderno de Jurisprudência	
O DIREITO POR QUEM O FAZ: SUBSTITUIÇÃO DE TESTEMUNHA MESMO FORA DAS HIPÓTESES DO ART. 397 DO CPP. GARANTIA DA AMPLA DEFESA Márcio Bártoli	825
O DIREITO POR QUEM O FAZ: EXCESSO DE PRAZO. AGRAVAMENTO PELA GREVE NO JUDICIÁRIO PAULISTA Edson Vidigal	826
JURISPRUDÊNCIA COMENTADA: TÓXICOS. STJ ANULA PROCESSO POR INOBSERVÂNCIA DO ART. 38 DA LEI Nº 10.409/02 Paulo Sérgio de Oliveira	827
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	828
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	829
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL	830
TRIBUNAL DE JUSTIÇA	831
TRIBUNAL DE ALÇA DA CRIMINAL	832

só utilizam o pânico para explicar suas atitudes no presente. Não se nega que o caminho mais curto sempre pareça ser o melhor, mas a experiência mostra que invariavelmente não é o mais correto, notadamente, em termos juspolíticos, se para ele existir foi necessário deixar à margem preceitos

constitucionais ou torcer o sistema jurídico.

A Constituição da República delegou ao Supremo Tribunal Federal altivez e autonomia suficientes para preservá-la. Se ela tiver que ser alterada, que o seja pelos procedimentos e nos limites legislativos que ela mesma previu. Porém, que isso não se faça por meios

indiretos ou por condução de nosso Tribunal Constitucional à berlinda político-social. Que o STF não aceite esse papel e não se submeta a pressões. Historicamente nunca aceitou esse papel desvirtuado e temos a certeza de que, renovado agora em mais de sua terça parte, saberá manter a história. 

O INDULTO E AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO

Salo de Carvalho

Após a tramitação dos Processos de Execução Penal nas varas especializadas, os incidentes relativos aos pedidos de indulto decorrentes do Decreto nº 4.904/03 começam a chegar aos tribunais. Embora o breve período de tempo, algumas questões parecem ter sido “dogmatizadas”, no sentido da sacralização de determinados entendimentos jurisprudenciais, e começam a ser irrefletidamente aplicadas.

O sentido deste pequeno artigo é discutir o alcance do decreto de indulto às penas restritivas de direito, dialogando com algumas decisões que, de plano, têm negado sua aplicação a esta modalidade sancionatória.

Tomo como parâmetro, pois, duas recentes decisões do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“Habeas Corpus. Indulto. Artigo 1º do decreto nº 4.904/03. Penas privativas de liberdade. Ausência de referência expressa às restritivas de direito. Inaplicabilidade.

1. Não há no Decreto nº 4.904/03 previsão de concessão de indulto aos que cumprem penas restritivas de direito.

2. É vedado ao Poder Judiciário usurpar a competência exclusiva do Presidente da República, criando critérios e contemplando situações distintas das preconizadas na referida norma, sob pena de caracterizar intromissão indevida em faculdade que pertence unicamente ao Chefe do Poder Executivo.

3. Ordem denegada” (TRF 4ª Região, 8ª Turma, HC nº 2004.04.01.012499-2, DJU de 05.05.04).

No mesmo sentido o Agravo em Execução Penal nº 2004.71.07.001708-4/RS, julgado em 16 de junho de 2004.

Segundo os julgadores, o artigo 1º do Decreto nº 4.904/03, diferentemente da tradição dos demais decretos de indulto, suprimiu sua possibilidade à pena restritiva de direito. Sua redação diferenciava-se, por exemplo, daquela do Decreto nº 4.495 de 2002 que, em seu artigo 1º, inciso VI, previa a extinção de punibilidade ao “condenado beneficiado com suspensão condicional da execução da pena até 31 de dezembro de 2001, ou que teve a pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direitos, desde que tenha cumprido metade do período de prova ou da pena” (grifei).

Desta maneira, ao suprimir a possibilidade de alcance às penas restritivas de direito, estaria inviabilizado, no caso, o direito à suspensão.

Não obstante indicié o decreto de indulto esta limitação, entendo que os argumentos não podem prosperar, pois, embora não haja previsão expressa, os condenados à pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direito têm o direito público subjetivo ao indulto, em decorrência da interpretação sistemática das regras e princípios do Direito Constitucional Penal.

Conforme previsto no art. 1º do Decreto nº 4.904/03, será concedido indulto ao “condenado à pena privativa de liberdade não superior a seis anos que, até o dia 25 de dezembro de 2003, tenha cumprido um terço da pena, se não reincidente, ou metade, se reincidente”.

Assim, em não sendo o condenado reincidente, nem tendo cometido delitos com violência ou grave ameaça à pessoa, não percebo óbice

à concessão do indulto àqueles condenados à pena restritiva, por três aspectos:

1º. Inicialmente, deve-se observar que o Decreto Presidencial não necessitaria, taxativamente, como fez nos últimos indultos, mencionar sua incidência às penas restritivas de direito, visto nosso sistema de penas ser estruturado a partir da pena privativa de liberdade.

Toda tipologia das normas penais incriminadoras é composta pela adição de preceito à sanção. Esta, por sua vez, é centrada na pena privativa de liberdade, ou seja, não há previsão independente, no Brasil, de pena restritiva de direito para crimes específicos (“as penas restritivas de direito são autônomas e substituem as privativas de liberdade” – art. 44, caput, CP). Sua aplicação é realizada pelo magistrado que, seguindo o comando do art. 59, inciso IV, do CP, visualiza a possibilidade da substituição da prisão por outra espécie de pena.

Do que se percebe da redação legal, a pena restritiva de direito é substitutiva à privativa de liberdade, devendo o juiz, ao verificar os requisitos do art. 44 do CP, operar sua aplicação.

Despicienda, pois, num sistema como o nosso, a necessidade de previsão taxativa da pena restritiva de direito no Decreto de indulto, visto que, por ser substitutiva à privativa

de liberdade, nela está implícita.

Do contrário, criar-se-ia a incômoda situação, nos casos de extinção de punibilidade — para que se restrinja a discussão em institutos da mesma natureza —, de se impossibilitar a aplicação da prescrição em concreto, em quaisquer de suas modalidades (retroativa, intercorrente ou executória), quando fosse a pena de prisão substituída por restritiva, por força de o art. 109 restringir sua incidência à pena privativa de liberdade — “a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código,

regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada (...)” (grifei). Em casos nos quais o magistrado, após fixar a pena de prisão, alterasse para a modalidade restritiva, impossibilitada estaria a prescrição por força de o Código delimitá-la aos

casos de privação de liberdade.

Notória a falta de lógica no argumento em face da estrutura de penas do Direito Penal brasileiro.

Apenas seria possível a vedação, e ainda assim a norma necessitaria de um acurado filtro constitucional pois duvidosa sua adequação ao sistema, se taxativamente o decreto impedisse o gozo, pelo condenado às penas restritivas, do indulto ou da comutação de pena.

2º. Outra questão, que deve ser avaliada, no sentido de justificar a necessidade de concessão de indulto aos delitos cuja pena fora substituída por restritivas de direito, diz respeito à observação do princípio da proporcionalidade.

Os critérios de definição das sanções são (ou ao menos deveriam ser) orientados pela equação dano-pena. A partir do momento em que a teoria do bem jurídico passou a ser o principal recurso de interpretação do direito penal, não se admite que a resposta penal deixe de guardar uma relação estreita de proporcionalidade com a lesão produzida pela conduta incriminada. Assim, não apenas o critério legislativo de cominação abstrata, mas igualmente o judicial de aplicação concreta, são balizados pela pon-

➔ deração e ajuste da pena ao caso.

Não por outro motivo que o direito penal antecipou-se aos demais ramos do Direito brasileiro. Se se encontram inúmeros autores buscando uma existência implícita do princípio da proporcionalidade na Constituição para dele auferir validade à sua respectiva área de atuação, no ramo penal o Código Penal de 1984, ao definir os critérios de fixação de penas, impôs ao juiz a observância da regra da proporcionalidade no momento em que prescreve seu estabelecimento “(...) *conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*”.

Explícito, pois, o princípio da proporcionalidade como balizador da sanção penal.

Em sendo assim, injustificável possibilitar a extinção da punibilidade a um cidadão cuja pena é de prisão, que expressa o alto grau de reprovabilidade de sua conduta, e negar o mesmo direito a quem sofreu condenação a uma pena menor, isto é, a um sujeito ao qual a valoração do seu ato foi atenuada, indicando culpabilidade mínima.

Imagine-se, seguindo a interpretação assistemática que se pretende dar ao decreto do indulto, a seguinte situação: duas pessoas que cometeram delito em concurso de agentes são condenadas. A primeira, mentor intelectual da conduta, recebe, em face de sua culpabilidade altamente reprovável, pena 4 anos e 3 meses de reclusão. Durante o cumprimento da pena, se primário e não tendo sido punido por falta grave no decurso da execução, após 1/3 da sanção (1 ano e 4 meses) será indultado. O co-réu, cuja participação foi de menor importância, em face de sua culpabilidade mínima, é condenado a pena de 4 anos de reclusão, substituída por pena restritiva de direito. Depois de cumpridas 480 horas de serviço à comunidade — o que corresponde, segundo o art. 46, § 3º, do Código Penal, pela redação da Lei nº 9.714/98, a 1 ano e 3 meses de pena privativa de liberdade (“as tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de 1 (uma) hora de tarefa por dia de condenação...”) —, sendo comprovado que atingiu 1/3 da pena, não teria a possibilidade de ver sua sanção extinta, dada a natureza da pena que lhe foi aplicada.

Tem-se como inadmissível sustentar tal situação, visto duplicar a sanção daquele sujeito cujo grau de culpabilidade foi menor. Notória, assim, a violação ao princípio da proporcionalidade, bem como da isonomia, devendo ser este abuso do Executivo corrigido pelo Poder Judiciário através do controle, no caso difuso, de constitucionalidade. E isto não significa, em absoluto, invasão de esfera exclusiva da Presidência da República. O raciocínio inverso seria correto, ou seja, se o Judiciário limitasse direitos conferidos pelo Chefe do Executivo, estaria indo além de suas atribuições; mas é obrigação da Magistratura garantir aplicação isonômica e proporcional quando o Executivo descumpra o sistema de princípios e garantias constitucionais.

3º. Por fim, cabe ressaltar a aplicabilidade

de em decorrência da **natureza pública e subjetiva do indulto e da pena restritiva de direito**.

O indulto, como causa impeditiva do prosseguimento da *potestas puniendi*, proposto no processo como incidente da execução penal, deve ser visto, assim como todos os demais institutos que geram minimização (judicial ou executiva) da pena — redução quantitativa (atenuantes, minorantes, remição, detração e comutação) ou qualitativa (regime inicial aberto ou semi-aberto, penas substitutivas, progressão de regime e livramento condicional) —, como Direito Público subjetivo.

Com o advento da Lei de Execução Penal em 1984, e após sua recepção pela Constituição de 1988, firmou-se o entendimento, tanto na doutrina como na jurisprudência, de estar plenamente judicializada a execução da pena.

Desta forma, os incidentes de execução (*regime*, livramento condicional, progressão de regime, indulto, comutação, detração, remição) não são mais vistos como favores domésticos prestados ao preso, mas como direitos que este tem de postular contra o Estado punitivo.

Outrossim, a pena restritiva de direitos, como instituto descarcerizador, igualmente adquire esta natureza, ou seja, estando presentes os requisitos previstos para sua concessão (art. 44 do CP), o magistrado deve operar a substituição.

No entanto, em se tratando de *direito*, pode o seu titular postular ou não seu gozo. Embora na realidade forense tal prática não seja comum, o condenado à pena de prisão pode negar-se ao cumprimento da pena substitutiva (restritiva de direito), exigindo a privação de liberdade — pode fazê-lo inclusive pelo descumprimento voluntário das condições impostas, operando forçosamente a conversão.

A questão que se coloca após esta breve exposição sobre a natureza jurídica do indulto e da pena restritiva de direito é que o decreto de indulto, da forma em que está redigido, poderia causar outra insustentável situação, qual seja, a de o condenado a pena restritiva postular reconversão em pena privativa para alcançar o indulto, visto que, na nova substituição, no cálculo da pena de prisão a ser executada será deduzido o tempo de restrição cumprido (art. 44, § 4º, do CP). Mais: poderia o condenado descumprir um dos requisitos da pena restritiva e, desde que isto não constitua falta grave, ter sua pena convertida e automaticamente indultada.

As inusitadas possibilidades levantadas, acrescidas dos argumentos expostos, expressam toda a incoerência interpretativa na vedação do indulto aos condenados à pena restritiva de direito, devendo ser observadas pelo Poder Judiciário de maneira a dar conformidade constitucional ao Decreto nº 4.904/03, efetivando os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição. ●

Salo de Carvalho

Advogado e professor da PUC/RS

Salo de Carvalho



DIRETORIA DA GESTÃO 2003/2004

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE:

Marco Antonio Rodrigues Nahum

1º VICE-PRESIDENTE:

Maurício Zanoide de Moraes

2º VICE-PRESIDENTE:

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

1º SECRETÁRIO:

Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior

2º SECRETÁRIO:

Sérgio Mazina Martins

1º TESOUREIRO:

Ivan Martins Motta

2º TESOUREIRO:

Benedito Roberto Garcia Pozzer

COORDENADORES-CHEFES:

Departamentos:

BIBLIOTECA:

Franciele Silva Cardoso

BOLETIM:

Carlos Alberto Pires Mendes

CURSOS:

Juliana Sinhorini Nahum

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

INTERNET:

Heloísa Estellita

RELAÇÕES INTERNACIONAIS:

Tatiana Viggiani Bicudo

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS:

Theodomiro Dias Neto

INICIAÇÃO CIENTÍFICA:

Marta Cristina Cury Saad Gimenes

PÓS-GRADUAÇÃO:

Alvino Augusto de Sá

REDES INTERNACIONAIS:

Flavia D' Urso

NÚCLEO DE PESQUISAS:

Alessandra Teixeira

COMISSÕES ESPECIAIS:

CONVÊNIOS: Mariângela Lopes Neistein

ESTUDOS E DEBATES: Mariângela

Gama de Magalhães Gomes

HISTÓRIA: Tadeu Antonio Dix Silva

MONOGRAFIAS: Carmen Silveira de

Moraes Barros

SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Theodomiro

Dias Neto

COORDENADORES ESTADUAIS:

Veja relação à página 17.

Sabe-se que, antes do surgimento do Direito Penal, a vítima encontrava-se situada no centro dos interesses dos sistemas primitivos de Justiça, basicamente fundados na vingança privada, uma vez que, nesses sistemas, era ela, ou seus parentes, os que se encarregavam de dar soluções a tudo aquilo que lhes significava agressão, vale dizer, era a eles que competia administrar a Justiça.

O nascimento e desenvolvimento do Direito Penal propiciaram a extinção das formas de justiça privada; o que, todavia, nomeadamente, marcou a história do Direito Penal, neste aspecto, foi o *jus puniendi* passar a ser exclusivo do Estado, implicando, em contrapartida, o começo do abandono da figura da vítima. O Estado é alçado à condição de garantidor da ordem pública e, somente a ele, compete o direito de impor a sanção penal. A reação ao delito relaciona o Estado com o delinquente, resultando cair a vítima no esquecimento.

Iniciou-se, dessa maneira, o processo de “neutralização” da vítima.

Ocorreu, porém, que, com a noção de “bem jurídico”, surgiu uma objetivação da figura da vítima. Deixou ela de ser o sujeito sobre o qual recairia a ação delitiva, que sofreria a conduta delituosa, passando a ser o sujeito portador de um valor, o bem jurídico, exatamente o que, realmente, vem a ser lesado.

Forçoso admitir, contudo, que a evolução de um Direito Penal de característica retributiva a um Direito Penal baseado na prevenção, seja ela geral ou especial, nada significou em termo de melhoramento quanto à condição da vítima. Isso porque a ideologia da prevenção especial, direcionada para o pensamento da ressocialização do delinquente, terminou por consolidar um Direito Penal dirigido para o autor do crime, enquanto que a ideologia da prevenção geral (ressaltem-se as contribuições de **Roxin** e **Jakobs**) tem em vista a sociedade.

Recentemente, em razão de conhecimentos hauridos da Vitimologia, sobretudo nos últimos 20 anos, e relativos à constatação da inter-relação entre autor do delito e sua vítima, e à eventual influência desta última na origem do delito, se desenvolveu, no âmbito da dogmática penal, uma nova abordagem, a “Vitimodogmática”, de pouca ou nenhuma aproveitabilidade para a vítima, senão, e tão-somente, para o autor do delito.

A Vitimodogmática trata de analisar até que ponto pode tomar-se em consideração o comportamento da vítima, durante o fato delitivo, para determinar o grau de responsabilidade em que há de incorrer o autor do evento. Isso significa que, a depender da conduta imputável à vítima, deve-se dar uma atenuação, se não a própria exclusão, da responsabilidade penal do autor do delito.

A orientação da Vitimodogmática parte do princípio de que o Direito Penal se destina à proteção de bens jurídicos e, conseqüentemente, só estarão legitimadas a ameaça penal e a pena quando, com elas, se trate de proteger bens jurídicos. A vítima possui e detém,

por sua vez, seus próprios meios de autoproteção, podendo deles fazer uso para proteger o bem jurídico, de que é portadora.

Inspira-se nisto o chamado *Princípio da auto-responsabilidade da vítima*, com base no qual se entende que, se a vítima, por iniciativa própria, renuncia ao uso das medidas de proteção de que dispõe e, portanto, abandona o bem jurídico, haverá o autor do delito que ser eximido de sua responsabilidade penal.

Assinala-se, contudo, que essa possibilidade de isenção da pena por parte do autor só é defendida pela corrente mais radical, representada por **Schünemann**, sob o fundamento de que, nessas hipóteses, o fato será impune por atipicidade.

A opinião majoritária na Alemanha sustenta, contudo, uma conclusão mais moderada, consistente em apreciar a eventual coresponsabilidade da vítima, exclusivamente no âmbito da medição da pena.

1. O contributo da Criminologia/Vitimologia.

De igual forma, o surgimento da Criminologia tampouco serviu para melhorar a situação da vítima. Os pioneiros da Criminologia, que deram lugar ao seu nascimento como ciência, foram representantes da Escola Positiva Italiana, que buscavam explicar o crime através da perspectiva do delinquente. De acordo com eles, as causas do delito estariam determinadas por indícios presentes na pessoa do delinquente, que, por sua vez, não tendo liberdade de vontade, necessitaria de tratamento para evitar a reincidência, enquanto que a vítima, considerada como mero objeto neutro, passivo, estático, em nada influenciava a origem do delito.

A situação de interesse exclusivo pela pessoa do delinquente, na investigação criminológica, se manteve até as mudanças de orientação na Criminologia ocorridas posteriormente à 2ª Guerra Mundial, com o que se conecta o nascimento da Vitimologia, como disciplina científica.

Atualmente, a moderna Criminologia explica o delito através da perspectiva de conflitos interpessoais. Isto se deve, em especial, à significação que adquiriu na Criminologia a teoria da aprendizagem social e da interação simbólica. O delito é compreendido, agora, como um processo social, como interação entre delinquente, vítima e sociedade.

Por outro lado, merece chamar a atenção que a investigação vitimológica tem avançado nas suas bases científicas, nas últimas décadas. Isto se deve, principalmente, ao descobrimento do interesse que apresentam as pesquisas de vitimização como fonte de informação de grande valor, sobretudo no que se refere à pesquisa sobre as cifras ocultas da criminalidade. Ademais, restou evidente o papel da vítima como fator desencadeante

da atuação dos órgãos da Justiça Penal, mediante a sua denúncia. É a vítima que põe em marcha o processo penal, em muitos casos. Investigam-se, em face disso, os motivos que movem a vítima a apresentar a denúncia e os que operam no sentido de ela abster-se de fazê-lo.

Hoje, em razão do avanço da Vitimologia como disciplina científica, os esforços dos vitimólogos se dirigem, também, à elaboração de programas de assistência às vítimas, de tratamento das mesmas e de prevenção do delito

(programas dirigidos a vítimas em potencial), tais, como, recentemente, propostas de programas de indenização às vítimas, tanto a cargo do infrator, como a cargo do Estado.

2. A condição da vítima no âmbito do processo penal

Paralelamente a essas abordagens do Direito Penal e da investigação criminológica/vitimológica, também vale a pena chamar a atenção que o Direito Processual Penal tem se preocupado, tradicionalmente, com os direitos de defesa do acusado, ficando os direitos da vítima renegados a um segundo plano.

Identicamente o processo penal, desde as suas origens e em suas etapas de desenvolvimento, há orbitado em torno da pessoa do delinquente e se preocupado com os direitos fundamentais do mesmo. A vítima do delito, contudo, precisa que reconheçam seus direitos, quando se vê envolvida num processo penal, não bastando, porém, essa assistência. Necessita ela, na verdade, para uma completa segurança, que o Estado tenha a obrigação de assegurar apoio efetivo e proteção, desde o momento em que ocorre aos órgãos de Justiça Penal.

Ironicamente, a realidade oferece quadro diverso, posto que, desde o momento em que a vítima entra em contato, pela primeira vez, com esses órgãos, a começar pela Polícia, para simples comunicação da ocorrência, inicia-se para ela, na maioria das vezes, um novo processo de vitimização.

Os criminólogos chamam a atenção para tal fato social de extrema relevância: é que a vítima, além de sofrer a vitimização primária (decorrente de sua relação com o infrator), pode sofrer uma vitimização secundária, que decorre do seu contato com as instâncias de controle social, que a tratam de maneira impessoal. Some-se a isso a sensação de perda de tempo e dinheiro, como conseqüência da excessiva burocratização do sistema. Quando se chega à fase processual, a vítima já se encontra, em mais de uma ocasião, diante de situações que lhe são, no mínimo, incômodas. Porém, é nesse momento, que a vítima se confronta com o agressor, seus familiares e seu advogado, este, muitas vezes, empenhado em demonstrar a falsidade da acusação, pretende fazer ver que a vítima

mente, ou, como acontece com bastante frequência, desqualificá-la. Na melhor das hipóteses, a vítima é utilizada exclusivamente como meio de prova, e não se observam as suas necessidades.

Em suma, pode-se afirmar que, no processo penal, como ainda se encontra, adicionam-se para as vítimas novos prejuízos sociais, psíquicos e econômicos, que se acrescentam àqueles ocasionados pelo delito.

A constatação dessa realidade tem feito que se ponham em funcionamento, na ordem internacional, determinadas medidas encaminhadas a melhorar a situação jurídica da vítima no processo penal. Algumas dessas medidas sugerem que, quando a vítima se dirigir à Polícia, deva ser tratada de forma que não sofra nenhum dano psíquico adicional e deva receber informações sobre suas possibilidades de receber ajuda, tanto material, como médica e psicológica, assim como seus direitos de reparação, tanto por parte do autor do delito, como por parte do Estado (fundos de assistência); dentro do processo penal, a vítima deve ser ouvida de forma respeitosa, sem que seja atingida nos seus direitos e honra, além do que, deve ela ser informada da sua função no processo, das datas e das marchas dos mesmos, bem ainda das decisões de suas causas; deve-se considerar a possibilidade de constituir a reparação do dano em sanção; adoção de medidas para minimizar, tanto quanto possível, as dificuldades encontradas pelas vítimas, proteger a sua vida privada e garantir a sua segurança, bem como a da sua família e a das suas testemunhas, preservando-as de manobras de intimidação e de represálias.

O Brasil, conquanto encontre-se, ainda, atrasado, no tratamento dispensado às vítimas de delitos, não permanece absolutamente inerte diante desse quadro, uma vez que a Constituição Federal, no seu artigo 245 reconhece que "a lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito". Recentemente, a Lei brasileira nº 10.741, de 1º/10/2003, que dispõe sobre o *Estatuto do Idoso*, prevê, no seu artigo 94, que aos crimes nela previstos, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse quatro anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei nº 9.099/55.

Por outro lado, projetos de leis tramitando no Congresso Nacional revelam essa nova face

do legislador brasileiro, demonstrando sensibilidade, sentimento de resgate da vítima, como, outrossim, sintonia com os movimentos mundiais referentes ao novo tratamento que a ela deve ser dispensado. São eles os Projetos de Lei nº 6.084/2002, que define, para fins processuais, o crime político como crime hediondo, cuja vítima seja detentora de mandato eletivo, ou integrante de órgão nacional de direção partidária; Projeto de Lei do Senado nº 173/2001, que altera a Lei nº 9.807/99, para estabelecer normas que visam a proteger a vítima e a testemunha do delito; Projeto de Lei do Senado nº 3/2001, que estabelece normas para a organização e manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, e dá outras providências; Projeto de Lei do Senado nº 269/2003, que define os direitos das vítimas de ações criminosas e regulamenta o artigo 245 da Constituição Federal, para criar o Fundo Nacional de Assistência às Vítimas de Crimes Violentos (Funav).

É uma esperança, pois, que anima o progresso jurídico do País! 

Referências Bibliográficas

- ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *La Reparación a la Víctima en el Marco de las Sanciones Penales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia. O Homem Delinqüente e a Sociedade Criminógena*, 2ª reimpressão, Coimbra Editora, 1997.
- FATTAH, Ezzat A. "Victimology: past, present and future", *Criminologie*, vol. 33, nº 1, 2000.
- HERRERA MORENO, Myriam. *La Hora de la Víctima. Compendio de Victimología*, Madrid: Edersa, 1996.
- ROXIN, Claus. "La posizione della vittima nel sistema penale", *L'Indice Penale*, Padova, ano XXIII, 1989.
- SCHNEIDER, Hans Joachim. "La posición jurídica de la víctima del delito en el derecho penal y en el proceso penal", *Doctrina Penal*, Buenos Aires, números 46/47, 1989.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "La posición de la víctima en el marco general de la función del derecho penal", *Libro-Homenaje a José Rafael Mendoza Troconis*, tomo 2, Universidad Central de Venezuela, 1998.

Selma Pereira de Santana

Membro do Ministério Público Militar da União, mestre e doutoranda pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e professora das Faculdades Jorge Amado (BA)



IBCCRIM

BOLETIM IBCCRIM
- ISSN 1676-3661 -

COORDENADOR-CHEFE:
Carlos Alberto Pires Mendes

COORDENADORES ADJUNTOS:
Andréa Cristina D'Angelo, Fernanda Velloso Teixeira, Leopoldo Stefanno Leone Louveira e Paulo Sérgio de Oliveira

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

IMPRESSÃO:
Ativa/M - Tel. (11) 6602-3344

"O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas."

"As opiniões expressas nos artigos publicados responsabilizam apenas seus autores e não representam, necessariamente, a opinião deste Instituto."

TIRAGEM:
15.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA:
IBCCRIM
Rua XI de Agosto, 52
2º andar - CEP 01018-010
S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3105-4607
(tronco-chave)

ATENDIMENTO DIGITAL
Seções:

Administrativo Financeiro: ... 2
Comunicação e Eventos: 3
Biblioteca: 4
Diretoria / Presidência: 5
Internet: 6
Secretaria: 7
Núcleo de Pesquisas: 8
<http://www.ibccrim.org.br>
E-mail: ibccrim@ibccrim.org.br
e publicacoes@ibccrim.org.br

ASSEMBLÉIA GERAL EXTRAORDINÁRIA CONVOCAÇÃO

Ficam convocados os associados do **IBCCRIM**, inscritos há mais de um ano, e em dia com as suas contribuições, a se reunirem em Assembléia Geral Extraordinária, no próximo dia 14 de outubro de 2004, às 10:00 horas, em primeira convocação, se houver quórum estatutário, ou às 10:30 horas, em segunda convocação, com qualquer número de associados, na sede do Instituto, na Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar - Centro - São Paulo, para deliberar sobre **Reforma Estatutária**.

Marco Antonio R. Nahum
Presidente

A FALÁCIA DA FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES CONTRA OS DIREITOS HUMANOS

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira

Depois de tantos avanços e recuos, discursos inflamados nas tribunas e nos palanques enquanto acordos eram celebrados a portas fechadas, parece que o texto consolidado da chamada “Reforma do Judiciário” acaba de ser votado em primeiro turno no Senado Federal, no bojo da redação final da PEC 29/2000, embora circunscrito aos tópicos em que houve consenso entre os parlamentares, com os destaques a ser apreciados no mês de agosto.

Sobre as propostas da suposta reforma judiciária haveria, decerto, muitos pontos polêmicos merecedores de análise e discussão. Mas o título deste ensaio já anuncia nossa pretensão. Ele se refere à nova redação dada pela mencionada PEC ao art. 109 da CF, que estabelece a competência dos juízos federais de primeira instância, já incluído no primeiro pacote endereçado ao Congresso.

Nesse sentido, doravante incluem-se no rol de competências daqueles órgãos judiciários federais as causas relativas a direitos humanos, referidos no novo § 5º do mesmo artigo (art. 109, inciso V-A, CF/88). Ora, o parágrafo em questão assinala que, nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o procurador-geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte signatária, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, “*incidente de deslocamento de competência*” para a Justiça Federal.

A redação dada ao novo parágrafo é bastante simplória, mas suas consequências certamente são complexas e preocupantes, sobretudo para os membros dos Ministérios Públicos dos Estados, no tocante ao exercício de suas funções institucionais.

Em primeiro lugar, a proposta ressuscita o vetusto instituto da advocatória, outrora conhecida entre os tribunais que, por motivos vários, detinham o poder de chamar para si a resolução de causas inicialmente entregues às instâncias inferiores. Sua extinção, como se sabe, decorreu dos vários abusos, arbitrariedades e conveniências políticas para os quais serviu de amparo legal. E numa perspectiva puramente jurídica, parece-nos que essa versão recauchutada da advocatória vai de encontro aos princípios constitucionais do juiz e promotor naturais.

O segundo ponto diz respeito à impossibilidade doutrinária e científica de conceituar de modo consistente — como deve ser em tudo quanto relacionado à fixação da competência jurisdicional — o que afinal são direitos humanos. Como apontam os estudiosos, já a própria terminologia é alvo de polêmica (há aqueles que se referem a direitos fundamentais, direitos humanos fundamentais, direitos do homem, etc.). So-

me-se a isso o fato de que o fundamento do conceito de direitos humanos se liga à idéia de dignidade humana, e esse valor se apresenta mutável e relativo, variando ao sabor das circunstâncias de tempo, lugar e cultura. Finalmente, seria pertinente saber o que poderia ser considerada uma grave violação de direitos humanos. Não há, a nosso ver, como estabelecer parâmetros suficientes para definir qualquer nível de gravidade. Melhor dizendo, toda violação a direitos humanos, na essência, é algo grave, porque fere a dignidade do homem, sem a qual ele se reduz à condição animal ou de coisa. Então, graves seriam os casos de exploração de crianças e adolescentes nos esquemas de turismo sexual? E como qualificar o assassinato do prefeito de Santo André? Em última análise, é provável que as contingências superem qualquer tentativa de enquadramento teórico ou jurisprudencial da matéria.

Como se deverá proceder diante das chacinhas, em que são mortas até dezenas de pessoas na periferia das grandes metrópoles? Haverá subtração da competência do júri popular? E os motins e rebeliões em estabelecimentos prisionais superlotados e indignos, com a morte de reféns e apenados?

Além de tudo isso, por conta da topografia do dispositivo (inciso V-A), poder-se-ia acreditar que a medida só caberia nas causas criminais. Todavia, a redação é imprecisa nesse ponto e, certamente, irá gerar discussões entre os operadores do Direito. Abre-se margem para entender que as causas cíveis, desde que envolvam graves violações a direitos humanos, também poderiam ser avocadas para a alçada federal. Sendo assim, o que dizer dos litígios referentes à oferta de leitos de UTI em hospitais, garantia de matrícula universal na rede pública de ensino ou preservação da estrutura, fachada e funcionalidade de prédios históricos? Ou saúde, educação e cultura não são direitos humanos?

O dispositivo incluído na PEC seria capaz, ainda, de criar situações estrangedoras, uma vez que o procurador-geral da República poderá suscitar o tal “incidente” durante a tramitação de inquéritos policiais e processos já instaurados, obstando de intervir no caso delegados de Polícia Civil, promotores e procuradores de Justiça, além de juízes e desembargadores. E não há previsão de quando esse incidente deverá ser desencadeado. Será que a mídia exercerá alguma pressão nesse juízo de valor?

É oportuno lembrar que, segundo a Lei nº 10.446/02, a Polícia Federal já pode investigar

infrações penais relativas a violações de direitos humanos, desde que o País tenha se comprometido a reprimi-las em tratados internacionais e elas alcancem repercussão interestadual ou internacional. De qualquer modo, e este é o ponto nevrálgico da questão, ainda segundo a legislação, a intervenção do Departamento de Polícia Federal não acarreta prejuízo à atuação dos demais órgãos da segurança pública arrolados no art. 144 da Constituição Federal (art. 1º, *caput* e inciso III).

Em suma, se a razão para o revigoramento da advocatória, agora mediante provocação da chefia do Ministério Público Federal junto ao STJ, é a necessidade de garantir cumprimento às obrigações assumidas pelo Brasil

em acordos internacionais envolvendo questões de direitos humanos, convém alertar que a medida é tardia. É que, para assegurar o adimplemento de tais obrigações, as providências devem ser tomadas em caráter preventivo, requerendo a articulação de vários setores governamentais com o Judiciário e o Ministério Público, em todas as instâncias. Ou alguém acredita que a nova advocatória será suficiente para influir na realidade da prática da tortura nas delegacias de polícia em cada canto do País, verdadeiro *habitus* que configura uma afronta explícita à Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura, de 1985?

Estamos mais uma vez diante de uma falácia, consistente na tentativa de sinalizar para a comunidade internacional que as instituições governamentais se preocupam com os direitos humanos e, assim, nada melhor do que concentrar a atuação nessa área em poucos setores. Porém, trata-se de uma emenda com possibilidade de acarretar sérios prejuízos à harmonia das relações entre os vários órgãos do Ministério Público, Judiciário e Polícias. O melhor caminho, segundo nos parece, vem esboçado no estímulo à celebração de convênios de cooperação institucional e na abertura do diálogo com setores da sociedade civil engajados na difusão dos valores dos direitos humanos, com o objetivo de articular ações concretas de intervenção na realidade das ruas. É preciso, enfim, preservar as conquistas até agora alcançadas na construção de uma sociedade verdadeiramente livre, justa e solidária, sob um Estado Democrático de Direito. ●

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira

Promotor de Justiça no Ceará, mestre em Direito pela UFC e professor de Criminologia da Faculdade Christus

A INFLUÊNCIA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO NA IMPARCIALIDADE DOS JURADOS

Welton Roberto

Welton Roberto

1. Introdução

Os famosos juízos de papel, que afloram na sociedade com prévias decisões “condenatórias irreversíveis”, nos relegam a repensar o nosso atual sistema jurídico no que tange aos julgamentos afetos à competência do Tribunal do Júri Popular. Côncios de que as fronteiras territoriais cederam passo à globalização, inclusive da notícia, vemos, com quase nenhuma valia, o desaforamento processual do julgamento, estribado na dúvida acerca da parcialidade dos jurados, quando o crime atinge repercussão regional ou até mesmo nacional. Fazendo uma verdadeira reflexão sobre o tema, somos obrigados a olvidar, por exemplo, acerca das chances de um julgamento imparcial no caso de Suzana Richthofen e dos irmãos Cravinhos. Terão alguma chance ou já sentarão no banco dos réus aguardando tão-somente a transposição dos ritos para conhecerem apenas a quantidade da pena a ser imposta?

Igual indagação já fizera o insigne jurista **Márcio Thomaz Bastos**⁽¹⁾, atual ministro da Justiça, quando textualmente vaticinou:

“(...) suponhamos que no júri dos supostos assassinos de Daniela Perez, um ou dois mais réus fossem inocentes. Ele, ela, ou eles teriam alguma chance de absolvição, depois da operação de ‘linchamento’ montada pela mão da vítima com o apoio da Rede Globo e de toda a mídia nacional? Claro que a resposta é negativa”.

Daí vertemos para o desafio do artigo em destaque. Como pedir, apoiado na legislação processual penal vigente consoante dispõe o artigo 464, que os jurados julguem de acordo com suas consciências e os ditames da justiça, se esses atributos já foram contaminados por diversas informações que, por muitas vezes, são tendenciosas, oportunistas e repletas de inflexões pessoais dos jornalistas? Tais variantes deturpam inexoravelmente o conceito de consciência e justiça.

Não se diga, aqui, porém, que tal assertiva vem ao encontro do cerceamento da informação, não é bem isso. O fato repousa no sentido teleológico da Justiça. Esta tem que ser aplicada de acordo com princípios garantísticos regrados em distribuição de direitos e deveres às partes, o que, no que tange à notícia, torna tais atributos simplesmente inexistentes. Somos, muitas vezes, levados à influência de informações totalmente inverídicas, eivadas pelo sentimento puro de descaso com o fim absoluto da aplicação do justo no seio de um julgamento em que há, no mínimo, duas teses a serem contrapostas e analisadas por seus julgadores. Quando tais teses sofrem a interferência da mídia, uma delas é completamente rechaçada pelos juízes de fato, que são os julgadores populares, pois já saíram de suas residências influenciados a quedarem para o lado que a imprensa os norteou.

Não nos esqueçamos, também, que a notícia, para a imprensa, é seu objeto de maior valia, tratado, assim, verdadeiramente como negócio, impregnada aquela muitas vezes por diversos interesses que fogem ao simplório,

mas fundamental, direito de informar. Desarte, despiendo relatar que atualmente os meios de comunicação estão sob o domínio de pessoas com interesses próprios, por vezes políticos, refugando o seu papel utópico de dar informação como um fim em si mesma.

Dessa maneira, os axiomas criados no atual sistema do júri, quando julgamos, acoimados em valores subjetivos de consciência e senso comum do que seja justo, um semelhante que já tivera sua estigmatização social amplamente propalada pela mídia que, no afã de registrar, de documentar a verdadeira tragédia humana, condena-o precipitadamente, reportam-nos à reflexão de que urge sejam tomadas medidas contempladoras para que o fim teleológico da Justiça não se perca na mais democrática instituição judicante do País: o **Tribunal do Júri Popular**.

2. A imparcialidade como instrumento garantista

Nossa Carta Magna consolidou posicionamento firme e inexorável: que todo acusado tenha o direito a um julgamento justo, assegurando-lhe a plenitude da defesa e um procedimento devido, marcado sob o crivo do contraditório. Não obstante, essas garantias de nada serviriam se o julgador não estivesse envolto da imparcialidade necessária para aplicar tais institutos. A imparcialidade, então, deve ser ínsita do poder jurisdicional, seja ele emanado do poder judicante do magistrado togado, seja ele emanado do povo no momento do julgamento pelo Júri Popular.

Não se concebe, pois, um modelo justo de Direito sem a equidistância do julgador acerca de seus sentimentos e convicções pessoais para com o fato a ele confiado, que resultará em um veredicto que há de se apoiar em elementos objetivos de aferição de justiça e direito. O subjetivismo da decisão é rechaçado constitucionalmente quando extraímos do artigo 93, inciso IX, da Carta Maior que toda decisão emanada dos órgãos do Poder Judiciário há de ser fundamentada sob pena de nulidade. Mais do que a simples fundamentação, a motivação das decisões é o instrumento de garantia, como vaticinado por **Ferrajoli**⁽²⁾, “a garantia das garantias”, e que, segundo **Magalhães Gomes Filho**⁽³⁾, “se caracteriza como exigência mais ampla de transparência no exercício do poder”. O mestre **Scarance Fernandes**⁽⁴⁾ não formou pensamento diferente quando relata de forma concisa que a motivação é o melhor instrumento para aferir se o decisão foi imparcial e justa.

Logo, despiendo relatar que a imparcialidade,

aliada à independência do julgador, estão embrionariamente relacionadas como instrumento garantista de aplicação do poder jurisdicional. Some-se a esses argumentos a determinação legal do CPP em seu artigo 157 que consagra o princípio do livre convencimento ou, como alguns doutrinadores ainda denominam, da

persuasão racional, quando regra que o juiz está livre para formar seu convencimento através da prova produzida no processo. Desta maneira, limita a atividade de julgar com apoio e base em alguma prova. Assim, quando da análise probatória, a decisão do magis-

trado resulta de fatores objetivos, demonstrados através de sua motivação decisória, não podendo, pois, conter elementos preconcebidos ou preconceituosos, de caráter meramente subjetivos, distantes de qualquer elemento de convicção que não seja a prova legalmente produzida, sob pena de sua nulidade mais absoluta. **Souza Nucci**⁽⁵⁾, acerca do assunto em testilha assim assevera:

“O julgador que emprega, usualmente, em sua atividade de composição de conflitos opiniões e conceitos formados de antemão, sem maior preocupação com os fatos alegados pelas partes, nem tampouco atentando para o mal de cultivar idéias preconcebidas sobre determinados assuntos, é um juiz preconceituoso e, conseqüentemente, parcial. Não está preparado a desempenhar sua atividade com isenção, devendo buscar consertar seu procedimento, sob pena de se dever afastar da área criminal”.

Logo, verifica-se, *ab ovo*, ser a motivação o termômetro para se medir a justeza e bom senso da decisão, que deverá ser guiada, sempre, pelo ingrediente básico da imparcialidade do órgão judicante. Não obstante, e para que não tergivermos sobre o tema em vão, é de se indagar como aferir então a imparcialidade dos jurados se estes não necessitam fundamentar suas decisões, amparados que estão, também em seara constitucional, pelo sigilo de seus atos decisórios⁽⁶⁾? Como traçar em linhas retas e de forma objetiva que os mesmos julgaram apoiados na mais verdadeira prova dos autos e com senso de justiça? Como saber que não sofreram a influência de preconceitos e opiniões já preconcebidas, muitas vezes incutidas pelo tortuoso caminho da informação?

Não são poucos os casos donde se extraem frustrações acerca dos veredictos do juiz popular, ora condenando inocentes, ora absolvendo culpados, sem que para tanto possa se aferir a real motivação destas condenações e absolvições. Daí talvez nasça o ponto nevrálgico e mais delicado para aqueles que apóiam a tese de que o tribunal do Júri deva aca-

Ao longo da história, a imprensa, através de seu poder unívoco, elegeu presidentes, desencadeou revoluções, derrubou ministros, senadores da República, entre outros feitos que trouxeram transformações sociais, políticas e culturais.

bar. Não obstante, não soa correto querer se extirpar de nosso ordenamento jurídico um dos institutos mais democráticos, tão-somente porque apresenta problemas em alguns setores de sua organização. Seria, *permissa venia*, em uma comparação simplória e singela, como se o marido traído, ao surpreender sua esposa com o amante no sofá de sua própria casa, resolvesse a questão vendendo o sofá.

Não obstante, não mais se apresenta adequado o atual sistema de julgamento, quando a globalização da informação já domina e, por que não dizer, forma a opinião das pessoas. Queda, assim, toda a construção garantista acerca da necessária imparcialidade para o bom julgamento da causa em casos afeitos ao Sinédrio Popular, quando esta vem embalada pelo massacre nefasto da mídia em todos os seus termos. E não há, no atual sistema do ordenamento do Júri, nenhum instrumento capaz de combater tal influência maléfica, como se dá no sistema norte-americano⁽⁷⁾.

3. A íntima convicção dos jurados e a influência dos meios de comunicação

Contrapondo-se ao sistema da persuasão racional, a íntima convicção, sistema adotado nos julgamentos pelo Sinédrio Popular, dá ao seu julgador a liberdade de decidir conforme suas convicções pessoais, suas idéias, conceitos e preconceitos, e muitas vezes por tudo aquilo que já lhe foi “informado” acerca do caso em si. O que nos preocupa exatamente é a informação construída em torno do fato delitogênico, pois o que se propala, pelos meios de comunicação, na esmagadora maioria dos casos, é a repetição de tudo aquilo que foi, de forma superficial e perfunctória, apurado pela polícia judiciária, através do inquérito policial, instrumento arcaico e inquisitivo donde não existe a mínima possibilidade de qualquer contraditório ou ampla defesa, impingindo ao acusado a pena irreversível da culpabilidade presumida. Logicamente, os jurados são antecipadamente convencidos, de maneira diuturna pela imprensa, de serem aqueles fatos verdadeiros, ou seja, a versão dada pela Polícia, e somente por ela, sobre o que ocorreu. Logo, ao lhes ser mostrado um único argumento, uma única linha de pensamento, não há se olvidar de que os mesmos serão convencidos daquela versão apresentada, formando, em torno do ocorrido, opinião pronta e formada sobre todos os aspectos divulgados.

De outra banda, ao assim proceder estarão, os juízes de fato, avaliando, como sempre fazem, o inquérito policial como prova inequívoca, em contraposição àquela apurada durante a verdadeira instrução processual, sob as garantias do contraditório e da ampla defesa, corolários, como já se disse anteriormente, do processo justo e devido. Ao juiz togado tal possibilidade é vedada, face à limitação da motivação imposta pelo Pergaminho Pátrio. O jurado, por sua vez, poderá julgar assim sem necessitar motivar tal ato decisório, burlando, via oblíqua, a garantia das garantias. De se indagar, então, onde estaria a impar-

cialidade do julgamento quando, guiado pela livre convicção, e sendo convencido da veracidade do fato pela mídia, o jurado já senta convicto de seu veredito? Nosso sistema, fragilizado e carente de instrumentos que minimizem tal afronta constitucional, fica absorto em torno da situação posta, e assistimos, todos os dias, o linchamento das garantias, levando ao cárcere, quase sempre, pessoas inocentes das imputações formuladas ou colocando em liberdade pessoas culpadas, gerando o sentimento de impunidade aos familiares das inditas vítimas.

4. A afetação da imparcialidade no sistema do Júri Popular

Não há como negar a influência da mídia na formação de opinião de quem a absorve. Sabe-se, através de recente pesquisa realizada com a população brasileira, que a imprensa é dotada de substancial credibilidade, contando com verdadeira presunção absoluta de veracidade dos fatos por ela divulgados. Ao longo da história, a imprensa, através de seu poder unívoco, elegeu presidentes, desencadeou revoluções, derrubou ministros, senadores da República, entre outros feitos que trouxeram transformações sociais, políticas e culturais. Despiciendo, pois, discorrer que esta exerce verdadeira influência sobre o que se pensa acerca do fato delitogênico e seu possível autor. Não se quer aqui delinear que a mídia é maléfica à sociedade; longe disso, temos consciência do papel importante e institucional que exercem os meios de comunicação. Todavia, não podemos conceder-lhe poder absoluto em detrimento das garantias individuais do cidadão, consagradas, também, na nossa Lei Maior.

Destarte, ao ser convencido, não pela prova dos autos, mas pela imposição massacrante do que ouviu, leu, viu nos meios de comunicação, o jurado torna-se um mero repetidor de uma opinião já formada. Façamos um exercício mental sobre esta assertiva. Suponhamos que o senhor “Fernandinho Beira-Mar”, o maior traficante do Brasil, segundo se noticiou amplamente em todo o território nacional, fosse envolvido em um crime de homicídio e fosse verdadeiramente inocente. Indaga-se: ao ser levado a Júri Popular, quais suas reais chances de absolvição? A resposta é lógica e não seria necessário qualquer outro exemplo, ainda que fictício, para demonstrar o que ora singelamente asseveramos.

Poderia o estudioso mais apressado da ciência processual penal indagar acerca da utilidade do desaforamento para a garantia da imparcialidade do Júri Popular, como bem positiva nossa legislação processual em seu artigo 424, mas devolvemos o desafio: em que lugar do Brasil o referido acusado seria julga-

do de forma imparcial? Logo, convencidos de que o único e tímido instrumento para assegurar a imparcialidade do julgamento, o desaforamento, como já dito algures, é ineficiente ante a globalização da informação, re-

novamos o pensamento de que medidas garantistas precisam surgir para equilibrar as forças ante um julgamento popular.

Somos, pois, forçados a reconhecer que a imprensa afeta sobremaneira a imparcialidade do jurado, quando divulga de forma

unilateral e exagerada a informação colhida, ainda em sede inquisitorial, acerca do fato delituoso e seu suposto autor. É indubitável que qualquer construção lógica que se faça, contrapondo tal argumento, não estará levando em consideração o efetivo poder de convencimento da mídia, pois esta ao veicular a notícia ao seu destinatário nunca será questionada sobre a sua veracidade em primeiro plano, ao revés, este ecoará os seus efeitos, multiplicando-a em escala progressiva.

5. Mecanismos de controle da notícia nos julgamentos populares

Precisamos, urgentemente, repensar os mecanismos de proteção das garantias para consolidar a devida efetividade das normas constitucionais que visam reequilibrar as forças durante o dialético e contraditório processo que se instaura em face do cidadão. Momentaneamente nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida e a estes conexos, afetos ao Tribunal do Júri Popular sob o domínio do sistema da íntima convicção dos jurados.

Não iremos aqui propor o cerceamento à liberdade de imprensa. Nem poderíamos fazê-lo face ao sistema de garantias construído pelo nosso Pergaminho Pátrio, o qual respeitamos. O que pensamos, e isto também já o fizeram outros doutrinadores, seria adotar o sistema de vedação do julgamento enquanto perdurarem os efeitos maléficos da notícia acerca dos fatos que envolvam os atos decisórios, caso tais notícias sejam de domínio nacional, garantindo-se ao acusado responder o processo em franca liberdade, se tais malefícios perdurarem por mais tempo do que o necessário.

Ousamos propor, ainda, caso a notícia propagada que afetar a imparcialidade seja de caráter regional, a recriação do aforamento, que seria proposto ao Superior Tribunal de Justiça para retirar o julgamento daquele Estado onde há a contaminação dos jurados pela mídia e aforá-lo em outra unidade da Federação.

Ainda, extraindo o entendimento do douto **Aury Lopes Junior**⁽⁸⁾ que propõe a extirpação dos autos do inquérito policial dos autos da ação penal, somos defensores de que tal ato deveria ser implantado tão-somente para os feitos do Sinédrio Popular, até porque

para os demais feitos em julgamento pelo juiz togado há a limitação de sua atividade através da devida e efetiva fundamentação, consoante já expusemos alhures. Desta forma, ao extrair os autos do inquérito policial evitaríamos pudéssemos os senhores jurados serem contaminados pelos atos inquisitórios praticados sem o apoio dos instrumentos garantistas da ampla defesa e do contraditório.

Aliado a todos esses fatores haveria a necessidade das partes poderem avaliar de forma sociológica o posicionamento e pensamento dos jurados, podendo então recusá-los, não por meros acasos ou casuísmos, mas quando eles estivessem inquinados por condenar ou absolver o acusado com o apoio em seus preconceitos e idéias preconcebidas. Assim haveria uma fase para a escolha da lista dos jurados antes do julgamento pelo plenário do Júri Popular.

Seriam, pois, alguns dos mecanismos que poderiam minimizar a afetação da imparcialidade dos jurados, quando a frenética e ilimitada sede de notícia invadissem a causa criminal que estivesse confiada a julgamento pelo Júri Popular. Desta maneira, acreditamos, estaríamos devolvendo o equilíbrio para a realização de um julgamento justo e imparcial, preservando as garantias constitucionais de forma linear, aonde todos os direitos pudéssem encontrar o ponto de equilíbrio e apoio nos ideais de liberdade, igualdade e justiça.

6. Conclusão

Reunindo, assim, os conceitos, apresentando os problemas e ousando nas soluções propostas, acreditamos que a permanecer a sistemática atual do julgamento pelo Tribunal do Júri sem qualquer controle sobre a exacerbação e o linchamento produzido pela mídia acerca do fato delituoso, estará mitigado o sistema de garantias para se produzir justiça

com imparcialidade e de forma escoreita.

Inegável atribuir à mídia o poder de convencimento sobre qualquer cidadão que assimila sua informação. Some-se o fato, ainda, do frenesi que a mesma provoca em alguns operadores do direito, que, afoitos pelos holofotes e pela notoriedade, acabam marginalizando o fim teleológico da Justiça, levando às páginas os famosos juízos de papel, a discussão sobre o crime e suas circunstâncias, quando na verdade deveriam aguardar tal debate para a seara devida que é o processo, instrumento garantista de aplicação do direito, onde existem regras previamente estabelecidas e normas de comportamento para a larga e ampla discussão dialética que se deve fazer em torno da culpabilidade.

Por fim, ao limitar a influência dos meios de comunicação para diminuir o impacto desta na imparcialidade dos julgadores, estaremos garantindo a efetividade da norma que impõe aos jurados julgarem o caso de acordo com os ditames da justiça e com suas consciências, pois só assim estaríamos produzindo um meio de decisão limpa, cristalina e apoiada nos reais fatores culturais, sociais, sociológicos, econômicos e jurídicos de nossa sociedade, sem que estes fossem valorados pelo agente externo de manipulação em que se transformou a notícia. 

Referências Bibliográficas

- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Traduzido por ZOMMER, Ana Paula et alii. São Paulo: RT, 2002, p. 766.
- LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 374.
- MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. *A Motivação das Decisões Penais*. São Paulo: RT, 2001, p. 272.
- SCARANCA FERNANDES, Antônio. *Processo*

- Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 1999, p. 337.
- SOUZA NUCCI, Guilherme. *Código de Processo Penal Comentado*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2003, p. 1.019.
- SPOONER, Lysander. *An Essay on the Trial by Jury*. Boston: HTML Edition Copyright, 1997, p. 225.
- THOMAZ BASTOS, Márcio. *Júri e Mídia*. In: TUCCI, Rogerio Lauria. *Tribunal do Júri*. São Paulo: RT, 2000, pp. 112-116.

Notas

- (1) THOMAZ BASTOS, Márcio. *Júri e Mídia*. In: TUCCI, Rogerio Lauria. *Tribunal do Júri*. São Paulo: RT, 2000, pp. 112-116.
- (2) FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Traduzido por ZOMMER, Ana Paula et alii. São Paulo: RT, 2002, p. 766.
- (3) MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. *A Motivação das Decisões Penais*. São Paulo: RT, 2001, p. 272.
- (4) SCARANCA FERNANDES, Antônio. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 1999, p. 337.
- (5) SOUZA NUCCI, Guilherme. *Código de Processo Penal Comentado*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2003, p. 1.019.
- (6) Constituição Federal, art. 5º, inc. XXXVIII, letra b.
- (7) SPOONER, Lysander. *An Essay on the Trial by Jury*. Boston: HTML Edition Copyright, 1997, p. 225.
- (8) LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 374.

Welton Roberto

Presidente da Associação dos Advogados Criminalistas do Estado de Alagoas, professor de Direito Penal e Processo Penal na ESA-OAB/AL e professor de Direito Penal e Processo Penal na CCIUR- Cesmac - Maceió/AL

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A COMPETÊNCIA PARA A APURAÇÃO DOS CRIMES DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO

Moacir Martini de Araújo

Em 23 de dezembro de 2003 foi publicada a Lei nº 10.826, que ficou conhecida como "Estatuto do Desarmamento".

Foram estabelecidas normas de cunho administrativo e penal, nos mesmos moldes da lei anterior que disciplinava a matéria, ou seja, a Lei nº 9.437/97.

Como sempre, muitas controvérsias engendraram de sua publicação, dado o excessivo rigor para a concessão do porte e aquisição de armas. Por esse motivo, obtemperou o legislador ao prever no artigo 35 a convocação de um referendo, a fim de decidir sobre a possibilidade de manutenção ou não da venda de armas.

No que tange ao capítulo IV, que definiu os crimes e as penas, a técnica legislativa demonstrou por diversos aspectos o teor conservador e com certa eficácia conseguiu, em princípio, bloquear ao máximo, a utilização de

armas de fogo, munição ou acessórios.

Agora, em que pese os comentários tecidos em alguns artigos publicados, o que mais me atraiu foi a inicial tendência de se afirmar que os crimes previstos nessa lei passaram a ser da competência da Justiça Federal.

Nesse diapasão, alguns juristas já se manifestaram, consignando a migração dos crimes para a Justiça Federal, uma vez que, quem comanda administrativamente a aquisição e porte de armas de fogo é a União, que possui um sistema de integralização de informações junto ao Sinarm - Sistema Nacional de Armas, instituído pelo Ministério da Justiça. Logo, em tese, há interesse da União, nos termos do artigo 109, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Nessa mesma linha, pontificou o ilustre promotor de justiça de São Paulo, José Car-

los Gobbis Pagliuca: "Quanto à competência jurisdicional, a novel lei parece ter rumado à Justiça Federal. Vê-se que a lei menciona o Sinarm, no âmbito do Ministério da Justiça e Polícia Federal. Após, atribui à Polícia Federal proceder aos registros e atualizações destes, bem como conceder autorização para porte de arma. Assim, antes de tudo, o bem jurídico alcançado pela lei é a Administração Pública, na questão do controle das armas e apenas subsidiariamente, a segurança pública. Portanto, o interesse primordial está afeto à União. Ora, se toda lei volta-se para atribuições da União (min. da Justiça e Exército) é porque a esta as condutas típicas afetam (art. 109, IV, da Const. Federal)"⁽¹⁾.

Em verdade o artigo 5º, § 1º, da Lei nº 10.826/03, estabelece, *ipsis litteris*:

"§1º O certificado de registro de arma de 

➔ fogo será expedido pela Polícia Federal e será precedido de autorização do Sinarm”.

Mais adiante, o artigo 10, *caput*, dispõe:

“Art. 10. A autorização para o porte de arma de fogo de uso permitido, em todo o território nacional, é de competência da Polícia Federal e somente será concedida após autorização do Sinarm”.

Contudo, divirjo dos ilustres juristas. Se não vejamos:

Importante ressaltar que as condutas anteriormente consignadas na lei revogada foram quase que totalmente conservadas, sendo que o principal bem juridicamente tutelado ainda é a incolumidade pública.

Por outro lado, é importante destacar que a lei anterior (Lei nº 9.437/97) também dispunha que o cadastro de armas ficaria com o Sinarm – Sistema Nacional de Armas, órgão ligado ao Ministério da Justiça, no âmbito da Polícia Federal, porém nem por isso os crimes passaram para a competência da Justiça Federal. Necessário informar que, mesmo havendo a possibilidade das Unidades Federativas autorizarem o porte estadual, o cadastro das armas e identificações pertenciam ao Sinarm que funciona no âmbito da Polícia Federal.

No que tange ao argumento de que se trata de interesse da União, imperioso verificar que o inciso IV do artigo 109 da Constituição Federal dispõe de um interesse específico e não geral, senão chegaríamos à ilação simplista de que tudo é do interesse da União.

Pelo que se verifica na novel lei, como um todo, não ocorre, em princípio, lesão ou perigo de lesão à integridade territorial, à soberania nacional, ao regime representativo e democrático, à Federação, ao Estado de Direito, ou à pessoa dos chefes dos Poderes da União, salvo no seu artigo 18, cujo interesse da União é facilmente identificado.

Agora, com relação à arma de fogo é imperioso trazermos à baila que o artigo 12 da Lei nº 7.170/83 também é de competência da Justiça Federal, eis que ataca a soberania nacional.

O Superior Tribunal de Justiça em casos análogos já se manifestou no mesmo sentido (CC 34.549 e 18.165).

Por fim, se entendermos como de competência da Justiça Federal todos os crimes dispostos na Lei nº 10.826/03, afogaremos de vez a aludida Justiça. Pois, como é cediço, na eventual disputa de foros, por conexão ou con-

tinência, prevalecerá o da Justiça Federal em prejuízo da Justiça Comum, o que resultaria em um verdadeiro caos.

Após tecer essas considerações, opto pelo entendimento de que os crimes da nova lei, que recebeu o nome de **Estatuto do Desarmamento**, com exceção do crime tipificado no artigo 18, dado seu caráter nacional, não deverão ser apurados pela Justiça Federal; agora, os demais são de competência da Justiça Estadual, eis que o objeto jurídico tutelado é a incolumidade pública.

Aguardemos o posicionamento de nossos tribunais. ☺

Notas

- (1) “Brevíssima passagem pelo desarmamento civil”, **Boletim do IBCCRIM**, nº 136, São Paulo, março de 2004.

Moacir Martini de Araújo

Delegado de Polícia Federal, especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo e professor de Direito Penal e Direito Processual Penal

A OPACIDADE DA DISCUSSÃO EM TORNO DO PROMOTOR INVESTIGADOR (MUDEM OS INQUISIDORES, MAS A FOGUEIRA CONTINUARÁ ACESA)

Assistimos ultimamente a uma ferrenha polêmica em torno da possibilidade ou não de o Ministério Público realizar a investigação preliminar. A questão não é nova e dela já nos ocupamos há algum tempo e em algumas oportunidades, especialmente na obra *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*⁽¹⁾.

O que, sim, nos causa muito espanto e preocupação, é a dimensão que a discussão tomou: de um reducionismo sem igual. Ficou limitada a uma questão pontual (e que não é a mais relevante!!): Ministério Público ou Polícia? Pode o Ministério Público investigar ou não?

Talvez parte da opacidade da discussão derive da velocidade e da urgência, marcas indelévels das sociedades (complexas) contemporâneas e que também afetam os juristas e o direito, na medida em que o presenteísmo e a cultura da urgência fazem com que (até inconscientemente) não queiramos “perder” tempo com longas e profundas análises (verdadeira anamnese). A ditadura da urgência é terreno fértil para discussões superficiais, reducionistas e soluções epidêmicas e sedantes.

Mas uma coisa é certa: não se estrutura nenhuma modificação legislativa sólida e progressista sem uma discussão séria, profunda e que transcenda questões pontuais. Basta de reformas pontuais e visões minimalistas.

Partindo da categoria “órgão encarrega-

do”, encontramos atualmente três sistemas de investigação preliminar: investigação policial, juiz instrutor ou promotor investigador. Está mais do que constatada a falência do inquérito policial e do sistema de investigação a cargo da Polícia. O próprio exemplo brasileiro é uma demonstração inequívoca disso.

Quanto ao juiz instrutor, a situação é ainda mais grave. Se o modelo policial agoniza, o juiz de instrução já está morto. Há séculos. Ressuscitá-lo hoje seria um imenso retrocesso. Recordemos que esse é um erro histórico no qual não podemos voltar a incidir. Basta lembrar da barbárie iniciada no século XII, quando começou a transferência de poderes instrutórios para o juiz, culminando na inquisição e toda uma era de escuridão jurídica.

Ainda que se diga que a situação seria diferente — talvez porque as fogueiras seriam simbólicas... —, na essência o problema permaneceria: a falha está na estrutura do sistema. Mudem os nomes, as aparências, mas o cerne continua igualmente ruim. Que o digam os mais de vinte anos de jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos... ou os quadros mentais paranóicos dos juízes com poderes investigatórios/instrutórios, tão bem descritos por **Cordero**⁽²⁾ ao apontar para o predomínio das hipóteses sobre os fatos.

Sobra então — literalmente — a figura do

Aury Lopes Jr.

promotor investigador. Sempre dissemos que essa era a opção “menos problemática”, principalmente quando comparada com as demais (policial e judicial). Basta analisar as vantagens e inconvenientes de sua estrutura, bem como o funcionamento em sistemas concretos (Itália, Alemanha, Portugal e os híbridos Espanha e França), para concluir que a investigação a cargo do Ministério Público é aquela em que os inconvenientes (igualmente existentes) são mais facilmente contornáveis e passíveis de superação.

Mas isso não significa que sejamos defensores ferrenhos do promotor investigador, como interpretaram alguns leitores apressados. Estamos muito longe disso, e sempre tivemos uma posição de desconiança (igualmente existentes) são mais facilmente contornáveis e passíveis de superação. Mas isso não significa que sejamos defensores ferrenhos do promotor investigador, como interpretaram alguns leitores apressados. Estamos muito longe disso, e sempre tivemos uma posição de desconiança (igualmente existentes) são mais facilmente contornáveis e passíveis de superação.

No campo da patologia, é elementar que ➔

elas existem, como em toda e qualquer atividade. Ninguém nega a existência (e a gravidade) de alguns bizarros espetáculos levados a cabo por promotores e procuradores autoritários e prepotentes, verdadeiros justiceiros da (sua) ideologia de “lei e ordem”. Também existem os amantes do holofote, adeptos da maior eficiência da imputação midiática. Mas tudo isso também ocorre, nessa mesma dimensão patológica é claro, na investigação policial. E, não raro, tem-se notícia de que a polícia foi ainda mais longe nos abusos, alcançando terrenos ainda não galgados pelo MP (e espera-se que nunca cheguem lá). Ora, ainda que a discussão equivocadamente seja reduzida ao campo da patologia, também nisso a investigação policial é mais fértil a práticas abusivas.

Não obstante, desde que desveladas algumas hipocrisias e falácias discursivas, a investigação a cargo do Ministério Público é o caminho natural diante do fracasso dos demais sistemas. Mas isso está ainda muito longe de qualquer evolução significativa, pois o problema não se encerra no órgão encarregado. Vai muito além.

Aqui reside nossa inconformidade: **muito mais importante do que decidir quem vai fazer a inquisição (MP ou Polícia), está em definir como será a inquisição**, sempre mantendo o juiz — obviamente — bem longe de qualquer iniciativa investigatória.

A discussão em torno da autoridade encarregada é reducionista e minimalista, pois deixa de lado aspectos verdadeiramente fundamentais, tais como:

1. Definir a **função do juiz na investigação**, bem como sua esfera de atuação. Deverá ter uma postura ativa, mas não como inquisidor (ou investigador, o que significa a mesma coisa), mas sim como garantidor da máxima eficácia dos direitos fundamentais do imputado, sempre pronto para, mediante invocação da defesa, fazer cessar ou impor limites ao (ab)uso do poder investigatório do Ministério Público (ou da Polícia).

2. Repensar a prevenção, pois é óbvio que ela deve ser uma causa de exclusão da competência (e não de fixação como temos hoje), pois em nenhum caso esse juiz da fase pré-processual poderá ser o mesmo que irá instruir e julgar o processo. Juiz preventivo é juiz contaminado e, pois, jamais poderá julgar. Essa é a lição de mais de 20 anos de jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

3. Definir claramente o **controle externo da atividade policial** (talvez através das ins-

truções gerais e específicas), que continua um ilustre desconhecido no Brasil (que polícia judiciária é essa que não está subordinada ao Poder Judiciário ou ao Ministério Público?).

4. Jamais poderá se admitir que **medidas restritivas de direitos fundamentais** (prisões cautelares, busca e apreensão, interceptações telefônicas, etc.) sejam empregadas pelo investigador sem prévia autorização judicial.

Tampouco é admissível, à luz do constitucional sistema acusatório, que o juiz o faça de ofício.

5. É fundamental definir o **objeto da investigação preliminar** e os limites da cognição, para termos uma fase pré-processual **verdadeiramente sumária** (e jamais plenária, como se converteu na prática).

6. Definir o **prazo máximo da investigação preliminar** adotando uma resolução ficta quando superado o limite (CPP paraguaio) ou uma pena de inutilidade (*inutilizabilità* do sistema italiano) dos atos praticados após o término do prazo legal. Nessa matéria, de nada serve a definição de um prazo sem a correspondente sanção processual pela violação⁽⁴⁾.

7. Determinar a **situação jurídica do sujeito passivo**, bem como a necessária incidência do contraditório e do direito de defesa, diante da inafastável aplicação do art. 5º, LV, da Constituição na investigação preliminar. É imprescindível responder aos seguintes questionamentos: A partir de que momento alguém deve ser considerado como sujeito passivo? Que circunstâncias devem concorrer para que se produza a situação de imputado? De que forma se deve formalizar essa situação? Que consequências endoprocedimentais produz o indiciamento? Que cargas assume o sujeito passivo? Que direitos lhe correspondem?

8. Adotar o **sistema de exclusão física** dos autos da investigação de dentro do processo, excetuando-se as provas técnicas e aquelas produzidas no respectivo incidente judicializado de produção antecipada de provas. Isso significa fortalecer a sumariedade da cognição (limitada ao *jurus commissi delicti*) e a função endoprocedimental dos atos de investigação. Mas, principalmente, acaba com o absurdo das sentenças condenatórias baseadas no “cotejo” como os elementos do inquérito. Ainda que a sentença não indique, é inegável a contaminação do julgador por esses elementos colhidos na fase inquisitorial. Sem mencionar o tribunal do Júri, onde os leigos julgam de capa a capa (e mesmo fora da capa...) e sem fundamentar.

9. Definir o **alcance do segredo** (interno e externo) da investigação, bem como sua du-

ração e requisitos para decretação. O art. 20 do CPP não regula absolutamente nada e, o pouco que diz, não resiste a uma filtragem constitucional. A questão assume uma relevância ainda maior na medida em que alguns tribunais, equivocadamente, estão vedando o acesso de advogados aos autos de inquérito policial, em flagrante violação ao disposto na Lei nº 8.906 e no art. 5º, LV, da Constituição.

10. Prever os requisitos e a forma como será realizado o **incidente de produção antecipada de provas**, respeitando as categorias jurídicas próprias do processo penal (diante da evidente inadequação das analogias com o processo civil).

Essas são questões muito mais relevantes e que deixam em segundo plano a rasteira discussão em torno da autoridade encarregada da investigação. Diante delas, por exemplo, pouco importa ou nada importa o que diga o STF sobre a possibilidade de o MP investigar ou não. Problemas muito mais graves permanecerão intocados.

Inclusive, se o STF entender que os atos investigatórios levados a cabo pelo MP são ilegais, terá de ser reconhecida a nulidade de toda a investigação e do processo (contaminação por derivação).

Ou será que continuarão fechando os olhos para a contaminação (consciente ou inconsciente) do julgador pela prova ilícita e, com isso, avalizando as ilegalidades cometidas pelo Estado e repetindo o superado discurso da “*não contaminação do processo pelas irregularidades do inquérito*”?

Enfim, é preocupante o reducionismo da discussão, que deixa de lado questões muito mais graves do que definir quem será o inquisidor.

O problema está na própria inquisição. Mudem ou mantenham os inquisidores, pois a fogueira continuará acesa. 

Notas

- (1) **LOPES Jr., Aury.** *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- (2) Veja-se: **LOPES Jr., Aury.** “Juizes Inquisidores? E paranóicos. Uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.” In: **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo, nº 127, 2003, pp. 10-11.
- (3) **GUARNIERI, José.** *Las Partes en el Proceso Penal*. México: Jose M. Cajica, 1952, p. 285.
- (4) Sobre esse tema e o “*direito a um processo sem dilações indevidas*”, consulte-se nosso *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Aury Lopes Jr.

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

Das maiores conquistas dos povos civilizados, na busca de uma convivência mais justa e harmônica, é o repúdio aos métodos de perseguição criminal de molde inquisitorial. Para ilustrar, merece relevo o acontecido na Idade Média, quando a Igreja Católica, pela chamada Santa Inquisição⁽¹⁾, durante séculos, dedicou-se a queimar na fogueira pessoas que discordassem de seus dogmas. Tais condenações eram precedidas de um simulacro de processo, no qual a função de acusar e de julgar enfeixava-se na mesma mão. Submetidos a tais práticas, os acusados nem sequer tinham conhecimento de estar sendo investigados ou “processados”. Eram informados de que seu comportamento não se enquadrava nos moldes preconizados pelos donos do poder, em geral, sob prisão. A pretexto de ser esta uma forma de reconciliação com Deus, ou com o soberano, eram “convidados” a “confessar” seus crimes, submetidos a torturas inimagináveis.

Hodiernamente, entretanto, e no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988 — é inacreditável tenha-se ainda de dizer! —, não há mais como se prestigiar procedimentos que tais. A perseguição criminal, mesmo na fase policial, há de ser pública, salvo nos casos de sigilação, e esta nunca deve alcançar a parte ou seu procurador. A Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) não deixa margem a dúvida, ao dispor no art. 7º, XIV, ser um dos direitos do advogado, “*examinar, em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos.*”

Setores do Poder Judiciário — os quais somente para tal raciocínio conseguem deixar o positivismo de lado e esgrimir com a Lei Maior, ainda que de maneira equivocada — alegam estarem os princípios da proporcionalidade e da supremacia do interesse público, em alguns casos, negando validade à norma antes referida. Ademais, possuiria o inquérito policial natureza inquisitiva.

Com a devida vênia, parece-me equivocada tal posição, a par de reacionária. Primeiro, e apenas para argumentar, ainda que se conferisse caráter inquisitorial ao procedimento, o acesso do advogado aos autos, por si só, não lhe retiraria essa característica. Segundo, porque a lei antes referida é cristalina e repristinou o Diploma anterior (Lei nº

4.215/63), o qual dispunha exatamente na mesma linha. Mais: a CF/88 é clara: “*Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*” (art. 5º, LV).

Como se vê, tem sim o IP caráter contraditório. A menos que se diga não ser o inquérito sequer um “procedimento administrativo”.

De outra banda, qual teria sido o objetivo do legislador constitucional ao redigir o art. 5º, inc. LXIII:

“*O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado*”? Por qual modo poderia o profissional assisti-lo, a não ser defendendo-o da acusação, ou de eventuais arbitrariedades contra ele praticadas? É óbvio que a assistência referida pela CF/88 é técnica, no demais, quem deve apoiá-lo é a família⁽²⁾. E se fosse a prisão determinada na fase policial — temporária ou preventiva —, como poderia o cidadão contradizer eventuais provas pela polícia produzidas unilateralmente? Conseguiria ele exercer a ampla defesa, sem que seu procurador tivesse acesso aos autos? A ilegalidade é de doar os olhos.

Na mesma esteira, a Lei nº 6.368/76 (Lei de Tóxicos), ao dispor no art. 26: “*Os registros, documentos ou peças de informação, bem como os autos de prisão em flagrante e os de inquérito policial para a apuração dos crimes definidos nesta lei serão mantidos em sigilo, ressaltadas, para efeito exclusivo de atuação profissional, as prerrogativas do juiz, do Ministério Público, da autoridade policial e do advogado na forma da legislação específica*”. Também a Lei nº 9.034/95 (Crime Organizado), ao dispor sobre a “preservação do sigilo constitucional”, permitindo que autos de diligências praticadas pelo próprio juiz — numa afronta ao princípio acusatório — fiquem fora do caderno processual, resguarda o direito do patrono de exercer o seu mister (art. 3º, § 3º)⁽³⁾.

Se se quiser falar de postulados constitucionais, diga-se que o princípio da proporcionalidade somente deve ser utilizado para dirimir eventual oposição entre normas de mesma envergadura, nunca podendo ser usado para

afastar uma garantia fundamental, salvo para preservar outra de maior peso. A chamada supremacia do interesse público, na mesma senda, somente tem sentido a partir da manutenção das franquias políticas do cidadão (art. 5º CF), sob pena de tudo ser permitido, desde que no interesse do Estado. A vingar tal entendimento, poder-se-ia, por exemplo, utilizar

provas ilícitas na perseguição, desde que convincentes à apuração da verdade.

A defesa de investigações secretas, às escondidas, tem sabor de autoritarismo; traz um ranço de época que todos queremos esquecer.

Doutrinas de *segurança nacional, lei e ordem, janelas quebradas* e outras que tais não se coadunam com a Democracia: o homem há de ser não mero objeto, mas o sujeito de sua história.

Não por outra razão, em recentíssimo julgamento (10/08/04) decidiu o STF, por sua 1ª Turma em acórdão relatado pelo ministro **Sepúlveda Pertence**, exatamente no sentido da argumentação antes expendida, determinando a impossibilidade de ser negada vista de autos a advogado constituído, ainda que o processo tramite em segredo de Justiça.

É que — malgrado de alguns — o Estado Constitucional de Direito reclama a obediência à Carta Política, a qual, por seu art. 133, proclama ser o advogado “*indispensável para a administração da justiça*”.

A cidadania agradece. (C)

Notas

- (1) **LOPEZ, Luiz Roberto.** *História da Inquisição*, Editora Mercado Aberto, 1993, p. 3.
- (2) **COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da.** “Publicidade na investigação criminal”, in: **Boletim do IBCCRIM**, ano 7, nº 84, 1999, p. 13.
- (3) **TORON, Alberto Zacharias e RIBEIRO, Maurides de Melo.** “Quem tem medo da publicidade no inquérito?”, in: **Boletim do IBCCRIM**, ano 7, nº 84, 1999, p. 14.

César Peres

Advogado e professor de Direito Penal e de Direito Processual Penal na ULBRA de Gravataí (RS)

VISITA ILUSTRE

O dr. **Tales Castelo Branco**, presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP) visitou o **IBCCRIM** no dia 19 de agosto último. Na ocasião firmou-se convênio entre as entidades a fim de que os sócios do IASP tenham desconto para inscrever-se no **10º Seminário Internacional do IBCCRIM**.

TRANSAÇÃO PENAL: A QUEM CABE DAR DESTINAÇÃO À PENA APLICADA?

Éder Jorge

Éder Jorge

Com o advento da Lei nº 9.099, de 26 de dezembro de 1995, surgiu a possibilidade de aplicação imediata de pena alternativa via transação entre Ministério Público e autor do fato, cabendo ao juiz a aplicação da reprimenda acordada, conforme expressa disposição do art. 76, § 4º.

Ao longo desses anos de vigência da Lei nº 9.099/95, surgiu impasse sobre a destinação do produto da pena transacionada. Isto é, uma vez homologada a proposta ministerial, a quem cabe a indicação da entidade beneficiária de eventual prestação pecuniária ou de cestas básicas⁽¹⁾? Formaram-se duas correntes: a) uma, entendendo ser de incumbência do promotor de Justiça já fazer a indicação da entidade beneficiária no momento da proposta, portanto sem ingerência do juiz; b) outra, no sentido de que ao Ministério Público cabe apenas fazer a proposta do valor ou objeto a ser prestado, sendo de competência do juiz indicar a entidade beneficiária após a homologação da transação.

Antes de abordar uma ou outra tese, faz-se necessário pequeno comentário acerca das chamadas *cestas básicas*. Isto porque, como se verá adiante, neste tipo de prestação alternativa é que reside a dúvida sobre qual autoridade deve indicar a entidade ou órgão beneficiário. Assim sendo, impõe-se sucinto esclarecimento acerca da natureza e extensão dessa medida sancionadora.

Conquanto a entrega de cestas básicas — entendidas como prestação de qualquer coisa ou objeto a entidade filantrópica ou órgão público — tenha se tornado tradicional nas transações criminais, havia questionamento acerca da sua legalidade. Tal, entretanto, não encontrou ressonância no dia-a-dia forense, à medida que continuaram sendo aplicadas pelos juízes e bem aceitas pela sociedade e demais organismos civis. Sucesso absoluto!

A par de alguns poucos juristas que se opunham à aludida prestação alternativa, outros, de peso, a defendiam, buscando amparo diretamente na Magna Carta. **Ada Pellegrini Grinover**⁽²⁾, *vg.*, sempre sustentou que a aplicação dessa sanção alternativa encontra guarida no art. 5º, XLVI, *d*, da Constituição Federal, *verbis*:

“XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a ...
- b ...
- c...
- d - prestação social alternativa;
- e - missis.”

Conforme ensina a ilustre jurista, referido dispositivo constitucional é de imediata incidência e, além de amparar, valida a transação

penal em que o autor do fato se obriga a prestar cestas básicas ou outro objeto para entidades públicas.

Hodiernamente, não há necessidade de se recorrer à Constituição Federal para lastrear a legalidade da pena alternativa de prestação de cestas básicas, ou equivalente, a órgãos públicos. Não mais persiste dúvida, tendo em vista a redação do art. 45, § 2º, do Código Penal conferida pela Lei nº 9.714, de 25/11/1998, que instituiu a prestação alternativa inominada ou de outra natureza. Segundo o dispositivo supra mencionado, a prestação pode ser de qualquer natureza, ou seja, consistir em **qualquer coisa**, tal como cestas básicas, remédios, equipamentos de informática, materiais de construção, etc., desde que o sejam para órgão público, atendam à finalidade social e haja aceitação da entidade beneficiária.

Voltemos ao assunto central.

Como ventilado, o art. 76 da Lei nº 9.099/95 prevê a possibilidade de transação entre Ministério Público e autor do fato, consistente em aplicação imediata de penas alternativas. À primeira vista parece cuidar-se de negócio unicamente entre as partes, mas não o é. Conforme acentua **Damásio E. de Jesus**, “*não se trata de um negócio entre Ministério Público e a defesa: cuida-se de um instituto que permite ao juiz, de imediato, aplicar uma pena alternativa ao autuado, justa para a acusação e defesa, encerrando o procedimento*”⁽³⁾.

Cabe, pois, ao Ministério Público eleger a pena restritiva de direito dentre as constantes do art. 43 do Código Penal, bem como fazer menção ao *quantum* aplicável. Assim, por exemplo, se propuser prestação pecuniária, deve o representante do *Parquet* acordar com o autor do fato o respectivo valor, obedecendo os parâmetros ditados no Código Penal⁽⁴⁾.

Retorna-se à indagação proposta no início: compete ao Ministério Público, ou ao juiz, dar o destino da prestação pecuniária ou de outra natureza, vale dizer, indicar a entidade beneficiária?

A questão só tem relevância quando se tratar de prestação pecuniária (CP, art. 43, I) ou pena alternativa inominada a que se referem os arts. 5º, LVI, *d*, da Constituição da República e 45, § 2º, do Código Penal. Em se cuidando de prestação de serviços à comunidade, a natureza da tarefa deve atender às aptidões do autor do fato, conforme determina o art. 46, § 3º, do Código Penal. Dessa forma, no momento da proposta, o promotor de Justiça tem de especificar a espécie de serviço a ser prestado pelo autor do fato, bem como o

local em que tal se dará. Essas informações são indispensáveis para o autor do fato, pois só conhecendo a natureza do trabalho e o local onde este deve ser prestado, terá condições de se posicionar acerca da aceitação. De regra, o juiz não indica a entidade beneficiária do serviço. A natureza do trabalho e o local da prestação do serviço fazem parte de

um todo. A proposta do Ministério Público deve incluir esses dois itens. Inadmissível a bipartição: o promotor indica o

trabalho e o juiz a entidade.

Já no tocante à prestação pecuniária, de cestas básicas ou equivalente, ao autor do fato, geralmente, não interessa qual o órgão beneficiário. Importa para o sujeito passivo desse procedimento o valor da prestação ou do bem a ser entregue. Esta é a pena, qual seja, o desprendimento de quantia em dinheiro, à semelhança da multa.

Pois bem, não pode o Ministério Público, no bojo da proposta, vincular o juiz à destinação, já “determinando” a entidade beneficiária. O promotor de Justiça deve eleger a pena alternativa e simplesmente estabelecer o valor da pecúnia ou do objeto a ser prestado, conforme se trate de prestação pecuniária (CP, arts. 43, I, e 45, § 1º) ou de alternativa inominada (CP, art. 45, § 2º). Encerra-se aí sua atribuição legal. Mais uma vez, trago à colação o escolário de **Damásio E. de Jesus**⁽⁵⁾, comentando a atuação do *Parquet* na transação penal: “1º) o promotor de Justiça, em face das circunstâncias do fato e da condição pessoal de seu autor, elege a pena alternativa: uma das penas restritivas de direitos (arts. 43 e segs. do CP) ou multa; 2º) **propõe a quantidade da pena alternativa. Tratando-se de pena restritiva de direitos, enuncia a sua quantidade dentro do mínimo e máximo da pena privativa de liberdade cominada ao delito**” (grifo inserido).

O art. 76 da Lei nº 9.099/95, em nenhum momento dá ensejo a interpretação diversa. Ao Ministério Público não incumbe dar destinação do produto da transação penal. Esta, é responsabilidade indelegável do Poder Judiciário na execução de ato jurisdicional de natureza condenatória.

Conquanto haja alguma divergência acerca da natureza jurídica da sentença referida no art. 76, § 4º, da Lei nº 9.099/95, forte corrente doutrinária vem assentando entendimento de que se cuida de *decisum* condenatório. Alguns doutrinadores, como **Marino Pazzagli Filho**, **Alexandre de Moraes**, **Gianpaolo Poggio Smanio** e **Luiz Fernando** ➔

Não pode o Ministério Público, no bojo da proposta, vincular o juiz à destinação, já “determinando” a entidade beneficiária.

TRANSAÇÃO PENAL: A QUEM CABE DAR DESTINAÇÃO À PENA APLICADA?

➔ **Vaggione⁽⁶⁾, Humberto Dalla Bernardina de Pinho⁽⁷⁾, Ismar Estuliano Garcia⁽⁸⁾. Júlio Fabbrini Mirabete⁽⁹⁾**, a conceituam como sentença *condenatória imprópria*.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, igualmente, tem sido nessa direção, com a observação de fazer coisa julgada material e formal. Confira-se: REsp. n° 172.951, 5ª Turma, rel. min. **José Arnaldo da Fonseca**, DJU de 31 maio 1999; REsp. n° 205.739, 5ª Turma, rel. min. **Gilson Dipp**, DJU de 23 outubro 2000, p. 161.

Aí está a pedra de toque do raciocínio esposado até o momento: a natureza eminentemente condenatória da sentença que homologa transação penal e impõe sanção tem como consequência primeira a execução da “condenação imprópria”⁽¹⁰⁾ pelo juiz, pois no dizer de **Marino Pazzagli Filho⁽¹¹⁾**, “a execução é a efetivação da sentença condenatória”. No momento da homologação, está-se, por via oblíqua, aplicando condenação ao autor do fato, o que demanda execução *ex officio*, à semelhança do disposto no art. 105 da Lei de Execução Penal. O início da execução, em se tratando de pena restritiva de direitos de prestação pecuniária ou outro objeto, é exatamente a indicação da entidade be-

neficiária. Especificamente sobre o *thema* obtiveram com objetividade e clareza **Roldão Oliveira de Carvalho e Algomiro Carvalho Neto⁽¹²⁾**, *in verbis*: “Vale esclarecer, nesta oportunidade, que ao juiz caberá, após a homologação do acordo, dar destinação à pena aplicada, indicando a entidade ou órgão público beneficiário da mesma”.

Com essa postura não está o juiz violando o sistema acusatório, nem interferindo ou modificando a proposta ministerial. Cinge-se apenas à aplicação da proposta acordada na transação, como determina o art. 76, § 4º, da Lei n° 9.099/95, dando início à execução da pena transacionada.

Em verdade, depreende-se da Lei n° 9.099/95 que a transação sempre será judicial, pois ocorre diante do magistrado, sendo sua obrigação analisar a presença dos requisitos legais, a livre manifestação de vontade das partes e, após, homologar o acordo e impor a sanção acordada⁽¹³⁾, escolhendo a entidade pública a ser beneficiada, geralmente com a verificação da relação constante no Juizado Especial Criminal. ●

Notas

(1) O art. 45, § 2º do Código Penal, expressamen-

te normatizou a figura das “cestas básicas” com a inserção da prestação alternativa inominada ou de qualquer natureza.

- (2) *Juizados Especiais Criminais*, 2ª ed., RT Editora, pp. 134/5.
- (3) *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*, Ed. Saraiva, p. 68.
- (4) Nesse sentido, **Damásio E. de Jesus**, *op. cit.*, p. 76.
- (5) *Ob. cit.*, pp. 75/76.
- (6) *Juizado Especial Criminal*, São Paulo: Atlas, 1995, p. 53.
- (7) “A natureza jurídica da decisão proferida em sede de transação penal”, RT 773:484.
- (8) *Juizados Especiais Criminais*, 2ª ed., AB Editora, 1996, p. 182.
- (9) *Juizados Especiais Criminais*, 2ª ed., Ed. Atlas, p. 90.
- (10) **Júlio Fabbrini Mirabete**, *Juizados Especiais Criminais*, 2ª ed., Ed. Atlas, p. 90, conceitua a sentença homologatória da transação penal como sendo *condenatória imprópria*.
- (11) *Ob. cit.*, p. 53.
- (12) *Juizados Especiais Cíveis e Criminais*, 3ª ed., Bestbook Editora, p. 155.
- (13) A esse respeito doutrina **Sérgio Turra Sobrane**, *Transação Penal*, Editora Saraiva, 2001, p. 75.

Éder Jorge

Juiz de Direito no Estado de Goiás

SOBRE OS DISPARATES NA CONSIDERAÇÃO JURÍDICA DA EMBRIAGUEZ

Tamar Oliva

O Código Penal é de expressiva clareza ao afastar da embriaguez o atributo de dirimente da culpabilidade, senão quando tenha sido ela provocada por caso fortuito ou de força maior (art. 28, II e p. 1º). Tem-se, pois, um tratamento criminal do assunto que toca a extremos: ou o sujeito incorreu no folclórico exemplo — citado e recebido nas classes universitárias entre risos, tamanha sua raridade empírica — de haver, por acidente, sido vertido em um tonel repleto de bebida alcoólica, o que afasta sua imputabilidade; ou o ébrio se pôs em estado etílico de forma premeditada, para mais bravamente atingir seu desiderato ilícito, circunstância que agrava sua conduta (art. 61, II, “1º”).

Em sendo assim, ressalvados tais casos, bem como a previsão subsidiária de que constitui contravenção penal a mera apresentação pública em estado de embriaguez que cause escândalo ou ponha em perigo a segurança própria ou alheia, consoante o art. 62 do Decreto-lei n° 3.688/41, qualquer outra situação de ebriedade é irrelevante penal, pois não teria o condão sequer de atenuar a responsabilidade pelo crime.

Ocorre que, se é por bem aceitar-se a

lição de **Norberto Bobbio** sobre a unicidade do ordenamento jurídico, que assim deve ser visto e interpretado como todo um sistema, afastando as antinomias que eventual e aparentemente surjam entre suas normas, a concepção acima exposta merece ser revisada.

Sendo a embriaguez definida, de uma maneira geral, como a perturbação psíquica decorrente da ingestão de *álcool ou substância de efeitos análogos*⁽¹⁾, o rigor da sua previsão na Parte Geral do Código Penal, como acima exposto, vem de há muito sendo abrandado em nosso ordenamento.

Desde 1976, a Lei de Entorpecentes (Lei n° 6.368/76) traz dispositivo reconhecendo a necessidade de se avaliar o nível de discernimento do toxicômano enquanto sujeito ativo de *quaisquer delitos*, ainda que não descritos na mencionada lei. Seu artigo 19 ordena isenção de pena a quem pratica crime desprovido de capacidade de entendimento do caráter ilícito do fato e de autodeterminação de acordo com esse entendimento, em duas circunstâncias: pela ingestão fortuita de substância entorpecente, mas também — e aqui se vai além do

CP — **em razão da dependência** de tóxicos. Tem-se então um início de posição intermediária face aos extremos do Estatuto Repressivo: considera-se já a relevância penal de uma embriaguez que não proveio de força maior nem se deu por premeditação para a prática delituosa.

De seulado o próprio Código Penal apon-ta, em trechos isolados, para a desconsideração da vontade de quem se encontra embriagado. Doutrina e jurisprudência quase que unanimemente constata que o ébrio que não pode oferecer maior resistência merece redobrada atenção quando vítima de delitos em que se valora sua capacidade de oposição ao ilícito.

Exemplo claro disso é o crime de estupro: se a mulher, capaz, consente com a conjunção carnal, não há qualquer ilicitude no ato. Todavia, se ela se encontrava em situação que não lhe permitisse concordar validamente — por estar **embriagada** por álcool ou sob efeito de entorpecentes — presume-se havido o constrangimento, pela impossibilidade de oferecimento de resistência (art. 224, “c”), e presente o delito⁽²⁾.

Outrossim, também quanto ao crime de ➔

Éder Jorge

Tamar Oliva

induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122 do CP), a consciência da vítima não pode estar viciada. Ao ser ela induzida e vindo em seguida a matar-se, uma vez constatada sua ebriedade incompleta, a pena se aplica em dobro⁽³⁾; se completamente embriagada, o delito perpetrado é o de homicídio, vez que para o suicídio a vítima deve concorrer com sua vontade desimpedida e o constrangimento deve ser resistível.

Com o advento do novo Código Civil, a postura do legislador mostrou-se ainda mais dispar em relação à diretriz adotada na Parte Geral do Código Penal sobre o presente tema. Ao tratar dos casos de incapacidade para a prática de atos civis, abandonou-se a capitulação casuística de outrora (menores de 16 anos, loucos de todo gênero, surdos-mudos que não puderem exprimir sua vontade, etc.) para implantar regras genéricas que intentam abranger diversas hipóteses com o mesmo foco: a falta de discernimento. O inciso III do seu artigo 3º, por exemplo, reputa absolutamente incapazes os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. Aqui, a doutrina que já se manifestou é unânime ao incluir o ébrio eventual, de sorte que o negócio praticado por quem se encontra ocasionalmente embriagado, a tal ponto que não lhe reste qualquer discernimento, é nulo de pleno direito, dado que a nulidade é a sanção reservada ao não suprimento da incapacidade absoluta (art. 166, I).

Quanto ao ébrio habitual, então, o Estatuto é expresso ao tratar-lo por relativamente incapaz no art. 4º, II: se seu estado psíquico não lhe chega a retirar todo o discernimento, mas a embriaguez se lhe tornou uma constante, deve-se proceder a sua interdição até que venha a cura, sob pena de serem anuláveis os atos por ele praticados. Neste ponto, o Código Civil se aproxima do supracitado artigo 19 da Lei Antitóxicos, revendo a consideração da vontade do dependente, habitualmente embriagado.

Dever-se, pelo exposto, quão dispares são as disposições penais (art. 28 do CP) e civis nesta seara. À luz do princípio da intervenção mínima e seus corolários, o ilícito penal, ponto mais grave de infração à ordem jurídica e por isso tão severamente apenado, requer muito cuidado na verificação da tipicidade, ilicitude e reprovabilidade de uma conduta para que reste caracterizada como crime ou contravenção penal e seja consequentemente sancionada. Muito mais do que o ilícito civil. Daí por que a sentença penal condenatória, somente possível quando presente um juízo de acurada certeza, faz coisa julgada no cível. Não há ilícito penal que não enseje reparação civil.

No entanto, pelas normas que temos a tratar da embriaguez e suas consequências nos atos jurídicos, é possível que um ilícito perpetrado por quem se acha eventualmente embriagado — sem que se tenha preordenadamente posto neste estado para criar coragem nem haja acidentalmente caído num tonel — seja crime, mas configure, na esfera civil, ato nulo. E não é incomum ter notícias de que uma conversa de amigos que bebiam em um bar, virou uma séria discussão que, se não configurou crime contra a honra, foi mais além.

Não se pode negar que os bens protegidos em cada seara do Direito são algo diferentes. Porém tampouco se pode afastar a constatação de que, sendo o Direito Penal fragmentário como é, pelos fortes gravames que implica aos seus infratores, deve prestar-se tão-só a potencializar a proteção civil e administrativa dos interesses mais caros à sociedade. Por isso o crime é antes de tudo um ilícito civil, de modo que é completamente descabido infligir-se pena a alguém pelo cometimento de um fato que nem na esfera cível é considerado válido.

Tampouco se pode instituir a política de “dois pesos, duas medidas”: se quando da avaliação do comportamento da vítima a embriaguez lhe retira a capacidade, com maior razão o mesmo raciocínio deve valer para a apreciação da vontade do agente na prática delitiva, senão vejamos.

Como visto, temos em doutrina e jurisprudência vasto repertório de interpretações a considerar a embriaguez como causa que vicia ou retira por completo a vontade, mesmo na seara criminal. Não deve causar estranheza, pois, a extensão deste entendimento à verificação do dolo do agente criminoso, ainda que aparentemente *contra legem*. Desta sorte, a despeito da literalidade do art. 28, II, do Código Penal⁽⁴⁾ e do que sobre ele vêm decidindo nossos tribunais, a embriaguez somente deve ser apenada enquanto não exclua o discernimento do sujeito, **ou se estará sepultando um dos grandes pilares da Ciência Criminal, qual seja, a necessidade de verificação da culpa (*lato sensu*) como componente do delito.**

Certo é que situações absurdas devem ser banidas do ordenamento jurídico, se não pela revogação de uma das normas conflitantes, então por um procedimento inter-

pretativo que compatibilize a devida proteção aos bens mais socialmente relevantes. Não há como corroborar, pois, com a penalização de um sujeito que, embriagado de forma a perder toda a perspicácia, causa dano a outrem; do contrário se estará patenteando a tão repugnada responsabilidade penal objetiva, sem qualquer consideração quanto ao dolo. Mormente quando tal responsabilização é afastada até no âmbito civil.

E nem se venha contra-argumentar com a aplicação da teoria da *actio libera in causa*, porque a ação

livre de levar o copo à boca não inclui, por si só, o efetivo desejo de matar, por exemplo — elemento subjetivo imprescindível à caracterização do homicídio — ou qualquer outro dolo de tipo. Caso inclua, a embriaguez é preordenada, e aí sim

merece ser valorada, enquanto circunstância agravante.

De tudo o que se disse compreende-se, pois, que, não bastasse o postulado da responsabilidade criminal subjetiva, um outro motivo exsurte, agora, a impelir a desconsideração criminal do ato praticado em completo estado etílico: a elisão ou atenuação da responsabilidade civil, bem mais simples que a penal, pelo novo Estatuto Civilista.

Não se está com isso querendo estimular a embriaguez pura e simplesmente, mas sim indicar uma análise casuística das condições psíquicas do ébrio ao consumir uma conduta típica, para mais técnica e adequadamente considerar a ebriedade no cenário jurídico-penal. 

Notas

- (1) **SILVA, De Plácido e.** *Vocabulário Jurídico*. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 299.
- (2) TJSP, AC, rel. **Cunha Bueno**, RT 683/308.
- (3) **MIRABETE, J.F.** *Manual de Direito Penal*. 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2001. v. 2, p. 87.
- (4) “Art. 28. Não excluem a imputabilidade penal: (...)
II. a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.”

Tamar Oliva

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Sergipe

A BANALIZAÇÃO DOS “CRIMES-OBSTÁCULO”: UM PROBLEMA CIENTÍFICO E DE SEGURANÇA NO TRÂNSITO

Cássio M. Honorato

Cássio M. Honorato

O fenômeno trânsito exige (por sua complexidade e relevância) tratamento científico adequado e constantes reflexões. Nesta oportunidade pretendemos realizar um alerta aos legisladores, aplicadores do Direito, estudiosos e interessados na efetivação do trânsito em condições seguras (art. 1º, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro - CTB), em relação aos crimes de trânsito: “a banalização (e, por vezes, abolição) dos denominados ‘crimes obstáculo’ constitui grave problema científico e de segurança no trânsito”.

A noção de “crimes-obstáculo” pode ser encontrada, inicialmente, na obra de **Rafael Garofalo** (1925, p. 321), sob a noção de “*um obstáculo material à realização das suas tendências perversas ou um remédio à sua falta de sociabilidade*”. Recentemente, a expressão “crimes-obstáculo” foi empregada por **Paulo José da Costa Júnior e Maria Elizabeth Queijo** (1998, p. XI), no seguinte contexto: “No combate à criminalidade no trânsito, uma das medidas eficientes do novo Código foi a criação de diversos tipos penais que configuram crimes-obstáculo, visando impedir a verificação de eventos mais graves. Pune-se, assim, a conduta imediatamente anterior àquela que desencadearia resultado de maior gravidade”. Muito próxima, portanto, a noção de “crimes-obstáculo” e de “delito de perigo”. Bem ressaltou **André Luis Callegari** (RT 748/504) que “os delitos contra a segurança no trânsito são delitos de perigo”, e que “a criação desses tipos representa um adiantamento das barreiras de proteção penal, com o efeito de evitar o maior número possível de condutas lesivas”.

Observando-se o nascedouro da atual Lei de Trânsito, podem ser identificados os objetivos a serem alcançados com a publicação do atual Código de Trânsito. Constam expressamente da Exposição de Motivos ao Projeto de Lei que foi convertido na Lei nº 9.503/97 (CTB), as finalidades a serem alcançadas com a publicação de nosso quarto Código Nacional de Trânsito: “*Buscar-se atualizar as regras de circulação e introduziram-se normas relativas ao comportamento de pedestres e condutores, visando uma política de humanização do trânsito, conferindo a cada cidadão o direito de ter condições seguras de transitar*”; “*(...), estabelecendo-se penalidades que realmente alcancem o objetivo de reprimir o infrator e desincentivar condutas transgressoras*”; e “*(...) tratar com mais rigor as infrações de trânsito, de sorte a pôr termo à impunidade que, a cada dia, aflige um número cada vez maior de famílias em nosso País*”.

A proposta do legislador do CTB foi muito clara, ou seja, impor um volume maior de sanções aos violadores das normas de segu-

rança no trânsito, visando aumentar a segurança e a tranquilidade dos usuários das vias terrestres, e intimidar a realização de novas infrações. Não é por outro motivo que o *trânsito em condições seguras* passou a ser afirmado como *princípio geral* do Direito de Trânsito, no Brasil. Infelizmente, temos percebido uma interpretação equivocada de alguns dispositivos do Código, permitindo redução da esfera punitiva e retrocessos indesejáveis, de modo a desviar o aplicador da lei de sua finalidade última. A lei

que foi inicialmente projetada para reforçar o rol de instrumentos à disposição dos órgãos e entidades do Sistema Nacional de Trânsito, e da própria Justiça, passou a ser interpretada de forma desviada, gerando graves prejuízos. Merece destaque a interpretação conferida pelos tribunais aos artigos 32 e 34 da Lei das Contravenções Penais - LCP (falta de habilitação para dirigir veículo e direção perigosa) e pela doutrina ao artigo 306 do CTB (embriaguez ao volante).

A conduta humana consistente em “dirigir, sem a devida habilitação, veículo na via pública”, ao tempo do Código Nacional de Trânsito de 1966, era considerada infração de trânsito e contravenção penal (art. 32, LCP). Hoje, se for seguida a orientação do Supremo Tribunal Federal (contida na Súmula nº 720) a mesma conduta constituiria tão-somente infração administrativa (art. 165, inc. V, do CTB), sujeita às penalidades de multa e de apreensão do veículo.

As consequências práticas e teóricas dessa orientação firmada por nossa Suprema Corte são graves e preocupantes, colocando em risco todo o aspecto intimidativo (*i.e.*, prevenção geral e prevenção especial) da sanção penal. Imaginemos, a título de exemplo, um adolescente conduzindo veículo automotor, em via pública. Diante desse fato, infelizmente comum em nossa vida diária, perguntamos: qual o “remédio” (usando a expressão de **Garofalo**) a ser aplicado visando a paralisação desse impulso da puberdade e a ressocialização do jovem infrator? Nessa hipótese, as penalidades administrativas de trânsito são ineficazes, uma vez que: (I) não há que se falar em pontos de demérito ou penalidades relacionadas à licença para dirigir, pois o adolescente é pessoa inabilitada; (II) o veículo retido (e não apreendido) deverá ser restituído ao proprietário; (III) a res-

ponsabilidade pelo pagamento da multa administrativa de trânsito é imputada (pelo art. 282, § 3º, do CTB) ao proprietário do veículo, e (IV) a responsabilidade civil, em regra, recairá exclusivamente sobre seus pais ou representantes legais, pois os jovens não possuem renda ou patrimônio próprio.

Diante desse quadro, perguntamos novamente: onde se encontra o “remédio” a evitar um mal futuro, grave e até mesmo previsível? Qual o nosso grau de responsabilidade (como represen-

tes do Estado), em relação àquele que foi vítima de atropelamento perpetrado por adolescente que, por reiteradas vezes, foi surpreendido na direção de veículo automotor, e não foi submetido a “medidas sócioeducativas” visando ressocializar o adolescente e evitar a reiteração de condutas ilícitas e de resultados mais gravosos?

Preocupante o fundamento constante das decisões do Supremo Tribunal Federal (*v.g.*, “*sua derrogação, na parte indicada, decorreu de haver o CTB, como é próprio das codificações, tratado de todas as infrações penais comissíveis na condução de veículos automotores*” – RO em HC nº 80.362-8, rel. min. **Ilmar Galvão**), face aos reflexos que poderão recair sobre outros tipos penais de injusto, como exemplo o artigo 34 da LCP: “*direção perigosa de veículo na via pública*”. A manutenção desses precedentes jurisprudenciais poderá acarretar sérios prejuízos ao conjunto de normas protetivas dos usuários das vias terrestres, mediante revogação de crimes e de contravenções penais cuja função é atuar como “crimes-obstáculo”, ou seja, barreiras jurídicas visando prevenir a realização de eventos mais graves. Os prejuízos decorrentes dessa interpretação à segurança do trânsito são evidentes: condutas como “cavalinho-de-pau” e “roleta russa” em semáforos, que não se ajustam aos tipos penais descritos nos artigos 308 (*i.e.*, “*racha*” e competição não autorizada) e 311 (velocidade incompatível com a segurança em determinados locais), deixariam a esfera criminal e seriam tratadas exclusivamente como infrações administrativas de trânsito, com sensível redução da tutela aos bens jurídicos colocados em risco. Felizmente, alguns de nossos Tribunais Estaduais ainda têm lutado pela manutenção da contravenção de “*direção perigosa*” (TJSC - RT 801/640).

Infelizmente, temos percebido uma interpretação equivocada de alguns dispositivos do Código, permitindo redução da esfera punitiva e retrocessos indesejáveis.

A doutrina também tem colaborado para a falência do *princípio geral do trânsito em condições seguras*. Alguns estudiosos do Direito Penal, ao manifestarem-se em relação ao tipo penal de injusto descrito no artigo 306 do CTB (*i.e.*, embriaguez ao volante) têm exigido, como requisito do crime, a “*condução anormal, de acordo com as regras de circulação viária (alteração do comportamento na direção do veículo)*”, expondo, assim, a *incolumidade coletiva a perigo de dano*” (Jesus, 1998, p. 147). Vê-se, no entanto, que tais requisitos (ou elementares)

não se encontram descritas no tipo penal; e que se trata de “crime-obstáculo” cuja função principal é evitar a realização de um efetivo dano ao bem juridicamente protegido. Destacamos, a seguir, a exposição de Paulo José da Costa Júnior e Maria Elizabeth Queijo (1998, p. 70), em relação ao artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro: “*Trata-se de um crime-obstáculo, em que o legislador procura, incriminando a conduta precedente, prevenir a incolumidade pública. O condutor do veículo, que dirige veículo automotor sob a influência do álcool ou de substância de efeitos análogos, não só terá diminuídos os reflexos, com a consequente imperícia, como poderá desenvolver velocidade excessiva, caracterizadora da imprudência.*”

Nesse sentido, consideramos melhor a orientação do professor René Ariel Dotti, que vislumbra no tipo penal descrito no artigo 306 da Lei nº 9.503/97 uma espécie de “norma penal em branco”, a ser complementada pelo art. 276 do CTB (cf. Honorato, 2000, pp. 439-440). Nas demais hipóteses, em que não tenha sido ultrapassada a “faixa de tolerância” prevista no art. 276 do CTB, a conduta do agente não poderá ser considerada atípica, de plano, fazendo-se necessária a confrontação entre conduta humana perigosa e as elementares descritas nos artigos 34 e 62 da Lei das Contravenções Penais.

É necessário rever, com urgência, determinados pré-conceitos e decisões precedentes de nossos Tribunais Superiores, em relação aos crimes de trânsito, visando revigorar os “crimes-obstáculo” como meios de evitar a realização concreta de danos aos bens jurídicos protegidos pela legislação de trânsito pátria.

Concluimos, assim, que é necessário rever, com urgência, determinados pré-conceitos e decisões precedentes de nossos Tribunais Superiores, em relação aos crimes de trânsito, visando revigorar os “crimes-obstáculo” como meios de evitar a realização concreta de danos aos bens jurídicos protegidos pela legislação de trânsito pátria.

O emprego de “lentes” inadequadas (por alguns órgãos julgadores e por parte da doutrina) tem produzido uma visão distorcida da Lei de Trânsito, com a negação dos princípios e finalidades expressamente propostos, e com inegáveis prejuízos à realização do *trânsito em condições seguras*. ●

Referências Bibliográficas

- CALLEGARI, André Luis. “Delitos de perigo concreto e delitos de perigo abstrato - Algumas considerações sobre a contravenção prevista no artigo 34”, RT/Fasc. Penal, vol. 748, São Paulo, ano 87, fev. 1998, pp. 504-508.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José; QUEIJO, Maria Elizabeth. *Comentários aos Crimes do Novo Código de Trânsito*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 93.
- GAROFALO, Rafael. *Criminologia: Estudo Sobre o Delito e a Repressão Penal*. Versão portuguesa com um prefácio original por Julio de Mattos. 4ª ed., Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1925, p. 607.
- HONORATO, Cássio M. *Trânsito: Infrações e Crimes*. Campinas: Millennium Editora, 2000, p. 604.
- JESUS, Damásio E. de. *Crimes de Trânsito: Anotações à Parte Criminal do Código de Trânsito (Lei nº 9.503, de 23 de Setembro de 1997)*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 220.

Cássio M. Honorato

Promotor de Justiça no Paraná, especialista em Trânsito pela Polícia Rodoviária do Estado de São Paulo, mestre em Direito pela Universidade Estadual do Paraná e professor de Direito Constitucional da Faculdade Novo Ateneu de Guarapuava



IBCCRIM

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

DIRETORIA DA GESTÃO 2003/2004

COORDENADORES ESTADUAIS:

- AMAPÁ
• João Guilherme Lages Mendes
E-mail: cestadual.ap1@ibccrim.org.br
- AMAPÁ
• Ana Beatriz Baraúna Lopes
E-mail: cestadual.am1@ibccrim.org.br
• Fabíola Monteconrado Ghidalevich
E-mail: cestadual.am2@ibccrim.org.br
- BAHIA
• Elmir Duclerc
E-mail: cestadual.ba1@ibccrim.org.br
• Selma P. de Santana
E-mail: cestadual.ba2@ibccrim.org.br
- CEARÁ
• Fernando Luiz Ximenes Rocha
E-mail: cestadual.ce1@ibccrim.org.br
- DISTRITO FEDERAL
• Carmen da Costa Barros
E-mail: cestadual.df1@ibccrim.org.br
• Heloisa Estellita
E-mail: cestadual.df2@ibccrim.org.br
- MINAS GERAIS
• Lilliane Cristina de Oliveira
E-mail: cestadual.mg1@ibccrim.org.br
• Marcelo Leonardo
E-mail: cestadual.mg2@ibccrim.org.br
- PARÁ
• Edmundo Alberto Branco de Oliveira
E-mail: cestadual.pa1@ibccrim.org.br
- PARAÍBA
• Felipe Augusto Forte Negreiros Deodato
E-mail: cestadual.pb1@ibccrim.org.br
• Guilherme Costa Câmara
E-mail: cestadual.pb3@ibccrim.org.br
• Oswaldo Trigueiro Filho
E-mail: cestadual.pb2@ibccrim.org.br
- PARANÁ
• Maurício Kuehne
E-mail: cestadual.pr1@ibccrim.org.br
- PERNAMBUCO
• Nilzardo Carneiro Leão
E-mail: cestadual.pe1@ibccrim.org.br
- MATO GROSSO DO SUL
• Fabio Trad
E-mail: cestadual.ms1@ibccrim.org.br
- RIO DE JANEIRO
• Maria Lúcia Karam
E-mail: cestadual.rj1@ibccrim.org.br
- RIO GRANDE DO SUL
• Fabio Roberto D'Avila
E-mail: cestadual.rs1@ibccrim.org.br
• Paulo Vinicius Sporleder de Souza
E-mail: cestadual.rs2@ibccrim.org.br
- RIO GRANDE DO NORTE
• Lena Rocha
E-mail: cestadual.rn1@ibccrim.org.br
- SANTA CATARINA
• Felipe Cardoso Moreira de Oliveira
E-mail: felipe@moreiradeoliveira.com.br

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

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS JOÃO PESSOA/PB

Informamos que está sendo realizado o Curso de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais, promovido pelo IBCCRIM – Coordenadoria da Paraíba e o Unipê – Centro Universitário de João Pessoa.

INFLUXOS DA CONCEPÇÃO DE DIREITO PENAL DE AUTOR NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Reinaldo Daniel Moreira

Reinaldo Daniel Moreira

A doutrina brasileira, em consentaneidade com as premissas libertárias que norteiam nosso Direito Penal, contrapõe-se a uma tendência de subjetivação do delito. Propugna-se que, em um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal deve assumir conformações de modo a salvaguardar a liberdade e autodeterminação do indivíduo, limitando-se, assim, o poder punitivo estatal a um mínimo estritamente necessário.

E, nesta vertente de idéias, tem-se a concepção de Direito Penal do fato, como tentativa de racionalização e limitação do *jus puniendi* estatal. Tal noção encontra-se fundada na premissa de que a sanção penal deve vincular-se à conduta humana, como fato concreto, localizado no tempo e no espaço. Assim, a punibilidade estaria vinculada a uma ação típica concreta, representando a sanção uma resposta ao fato individual⁽¹⁾. E, desta forma, o autor do crime deve ser punido apenas pelo que efetivamente fez.

Tal noção se contrapõe ao chamado Direito Penal de autor. Nesta vertente, o delito é tido como um sintoma do estado do autor⁽²⁾. O agente não é punido apenas em vista do ato criminoso que praticou, mas também por sua personalidade e atributos tidos como socialmente negativos, enfim, pelo que é⁽³⁾. Ou seja, enquanto o Direito Penal do fato está constituído sobre o fato do agente, o Direito Penal de autor visa ao agente do fato⁽⁴⁾.

Tem sido a concepção de Direito Penal de autor alvo de veemente crítica. Zaffaroni e Pierangeli questionam a legitimidade de tal vertente teórica, apontando que um Direito que reconhece e respeita a autonomia moral da pessoa jamais pode penalizar o “ser” de um indivíduo, mas somente o seu agir. Assim, apenas um Direito Penal do fato se coaduna com um Estado Democrático de Direito, respeitante da liberdade individual⁽⁵⁾. Carece de legitimidade qualquer modelo de controle social que venha a colocar a defesa social acima dos direitos e garantias individuais⁽⁶⁾.

Contudo, apontam os doutrinadores para a inexistência de um ordenamento penal puro, em que não se façam presentes influxos mínimos de Direito Penal de autor⁽⁷⁾. De modo geral, a legislação penal brasileira tipifica mo-

delos de conduta, e não perfis de autores⁽⁸⁾. Todavia, notas de um Direito Penal de autor ainda podem ser apontadas em alguns institutos penais, tal como a reincidência⁽⁹⁾.

Questiona-se a legitimidade desta, apontando em seu bojo a notória consagração de um *bis in idem*. Considerar, para efeitos de agravamento da pena, uma condenação transitada em julgado, à qual supostamente já estaria vinculada anterior sanção seria, em verdade, dupla punição em razão do mesmo fato.

Contesta-se tal entendimento, ao argumento de que não se está punindo o agente duas vezes em razão de um mesmo fato, pois o alvo de punição não é a reincidência em si, em sim, sendo esta circunstância inerente à pessoa do culpado.

Assim, o autor do ilícito é que seria merecedor de reprimenda mais grave por sua conduta de vida em desrespeito flagrante à Justiça⁽¹⁰⁾.

Todavia, se assim considerarmos, estaremos punindo o autor do fato, e não o fato do autor, em afronta aos ditames de um Direito Penal estrito e de garantias. O agente apenas deve ser punido pelo fato isolado, pelo episódio criminoso que se tem em consideração, não por fatos anteriores, desvinculados daquele.

Claus Roxin aponta que a agravamento da pena em virtude da reincidência, que constava do § 2º, v.a., do Código Penal alemão, não poderia ser aplicada senão pela admissão de uma culpabilidade pela conduta de vida. E, diante da pressão acerca de tal dispositivo, fora o mesmo revogado em 1986⁽¹¹⁾.

Manifestações tendentes a um de Direito Penal de autor são constantes no Direito brasileiro. Temos em nossa legislação verdadeiros tipos de autor. Tipos penais que, ao invés de incriminarem condutas lesivas a bens jurídico-penalmente tutelados, arvoram-se em verdadeiros tutores da moralidade. Poder-se-ia citar, a título de ilustração, os delitos de rufianismo (art. 230 do Código Penal) e de casa de

prostituição (art. 229 do Código Penal), que, em verdade, não sancionam um fato concreto, lesivo a interesses dignos de tutela penal, mas sim modos de vida, tidos como anti-sociais e parasitários⁽¹²⁾.

As marcas de um Direito Penal de autor tornam-se ainda mais evidentes na chamada Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3.688/41). Constam de tal legislação, dentre outros, os tipos de vadiagem (art. 59), mendicância (art. 60) e embriaguez (art. 62). Nítida é a punição do agente, por uma forma de condução de sua vida, estereotipada como afrontadora aos bons costumes.

Wilson Ninno, citando lição de Bento de Faria ao comentar a contravenção penal de vadiagem, aponta: “O ócio, segundo o magistério de Bento de Faria (*“Das Contravenções Penais”* ed. 1958, p. 196), é a situação de quem não faz nada, sem razão justificativa da inatividade, que assim se torna expressiva de um estado anti-social perigoso pelo hábito que determina e por suas inevitáveis consequências. Citando Rivieri, Chateau, Dubost e Du Puy, proclama que a ‘ociosidade, quase sempre vinculada à mendicância, uma e outra estão em relação direta com a criminalidade’ ”⁽¹³⁾ (destacamos).

Assim, são alvos de tutela pautas éticas, normas morais, e não bens jurídicos. Parte-se do equívoco de que tais condutas seriam verdadeiros sintomas de uma personalidade voltada para o crime. Segundo notícia Claus Roxin, na legislação penal alemã os

tipos de vadiagem, mendicância, embriaguez e ociosidade foram revogados por reforma procedida em idos de primeiro de janeiro de 1975. E, quanto ao delito de rufianismo, após uma série de

propostas tendentes a abolir-lo, houve-se por bem proceder a uma mudança no enfoque interpretativo, no sentido de não mais se ter por alvo de punição um modo de vida anti-social e parasitário, e sim visar à proteção da independência pessoal e econômica das pessoas prostituídas⁽¹⁴⁾.

Apontam Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar para a presença freqüente de tipos de autor na revogada (frise-se: revogada) legislação contravençional de Buenos Aires, onde se puniam condutas tais como a vadiagem, a ociosidade e a mendicância. Asseveram que a exis-

De modo geral, a legislação penal brasileira tipifica modelos de conduta, e não perfis de autores. Todavia, notas de um Direito Penal de autor ainda podem ser apontadas em alguns institutos penais, tal como a reincidência.

Revela-se necessária uma releitura, um repensar das normas e institutos da legislação penal brasileira, no sentido de conformá-los aos ditames de um modelo democrático.

➔ tência de tais tipos pode ser explicada na medida em que a matéria contravençional constitui âmbito em que as concepções do Estado de Direito vão penetrando lentamente, e que muitos dos diplomas legislativos na seara das contravenções buscaram inspiração em modelos pouco imbuídos por diretrizes democráticas, tal como o **Rocco**⁽¹⁵⁾.

Destarte, revela-se necessária uma releitura, um repensar das normas e institutos da legislação penal brasileira, no sentido de conformá-los aos ditames de um modelo democrático. De um Direito Penal norteado pelos parâmetros de um autêntico Direito Penal do fato, como centro radiador de sentidos orientadores de condutas, incriminando condutas isoladas, e não pautas morais ou modos de condução da vida eleitos pelo sujeito, ou socialmente condicionados, seara em que não cabe ao Direito Penal imiscuir-se. (1)

Notas

- (1) **ROXIN, Claus.** *Derecho Penal: Parte General*, tomo 1. *Fundamentos. La estructura de la teoría de delito*. Tradução de **Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Colledo, Javier de Vicente Remesal**. Madrid: Civitas, 1997, pp. 176-177.
- (2) **ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Ale-**

- jandro, SLOKAR, Alejandro.** *Derecho Penal: Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 66.
- (3) **ROXIN, Claus.** *op. cit.*, p. 177.
- (4) **TOLEDO, Francisco de Assis.** *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 235.
- (5) **ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique.** *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 119.
- (6) **CARVALHO, Salo de, CARVALHO, Amilton Bueno de.** *Aplicação da Pena e Garantismo*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 29.
- (7) **TOLEDO, Francisco de Assis.** *op. cit.*, p. 251.
- (8) **TOLEDO, Francisco de Assis.** *op. cit.*, loc. cit.
- (9) Vide a respeito **TELES, Ney Moura.** *Direito Penal*, vol. 1. São Paulo: Atlas, 2004, pp. 412-413.
- (10) Vide a respeito **LYRA, Roberto.** *Comentários ao Código Penal*, vol. 2, Rio de Janeiro: Forense, 1943, pp. 282 e segs.
- (11) **ROXIN, Claus.** *op. cit.*, p. 186.
- (12) **ROXIN, Claus.** *op. cit.*, p. 180.
- (13) **NINNO, Wilson et al.** *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*, vol. 1, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 314.
- (14) **ROXIN, Claus.** *op. cit.*, p. 184.
- (15) **ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro.** *op. cit.*, p. 444.

Reinaldo Daniel Moreira

Acadêmico do 10º período na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (MG) e monitor de Direito Penal

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

— ESPÍRITO SANTO

- Ministério Público do Estado do Espírito Santo

— GOIÁS

- Associação Goiana do Ministério Público
- Associação dos Magistrados do Estado de Goiás - (Asmeço)

— MARANHÃO

- Associação dos Delegados de Polícia Civil do Estado do Maranhão

— MATO GROSSO DO SUL

- Associação dos Delegados de Polícia de Mato Grosso do Sul
- 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

- Ministério Público do Estado do Paraná

— RIO DE JANEIRO

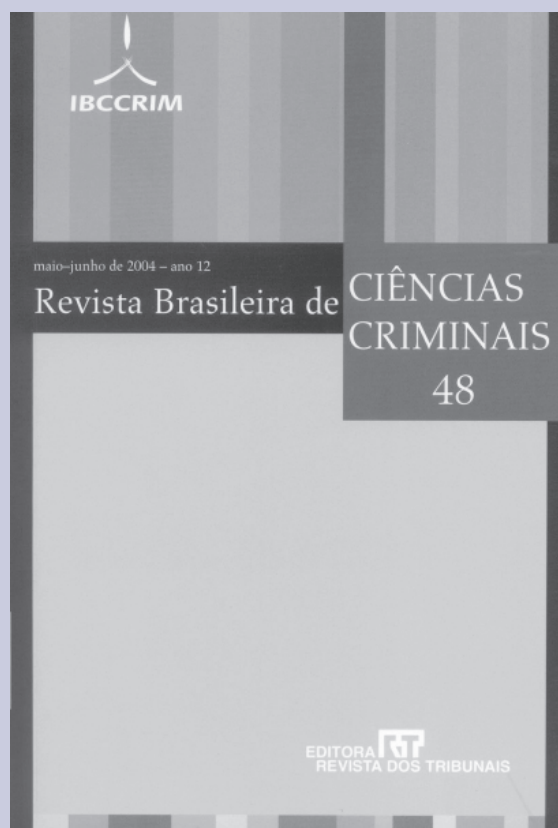
- Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - FESUDEPERJ

— 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
- 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
- Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
- Veredito - Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas - Campinas



IBCCRIM

Assinar a *Revista Brasileira de Ciências Criminais* é investir em conhecimento. Agora bimestralmente, a revista do IBCCRIM traz ao assinante o acesso a pareceres, jurisprudência comentada e artigos científicos elaborados por especialistas nacionais e estrangeiros sobre as principais discussões na área das ciências criminais. Enfim, uma publicação de interesse para estudantes, pesquisadores e profissionais. Aproveite esta oportunidade de ser assinante com **DESCONTO DE 30% PARA ASSOCIADOS DO IBCCRIM! A ASSINATURA PODE SER PAGA EM CINCO VEZES, SEM JUROS!!!**

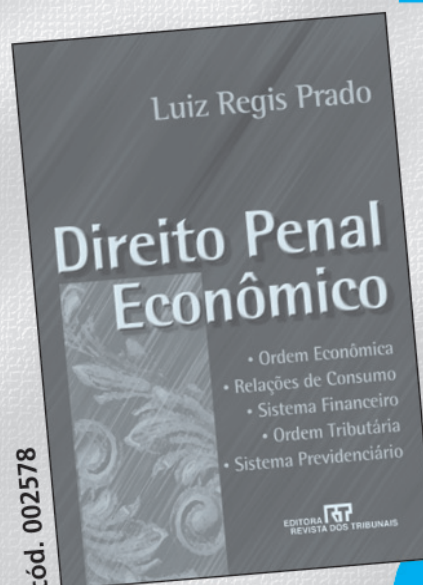
Informações:
www.ibccrim.org.br ou no
 Departamento de Vendas da
 RT: 0800-702-2433.

Lançamentos RT



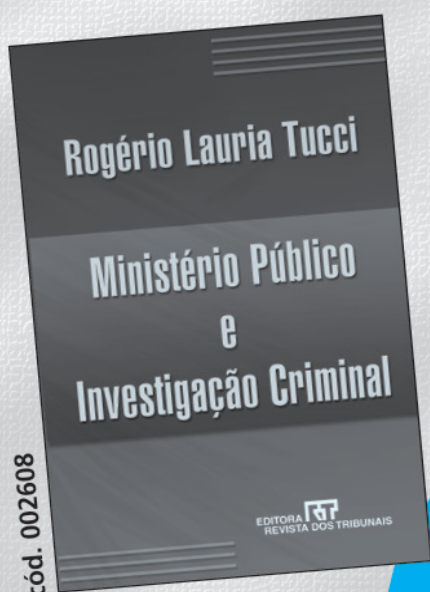
cód. 002605

286 páginas
brochura



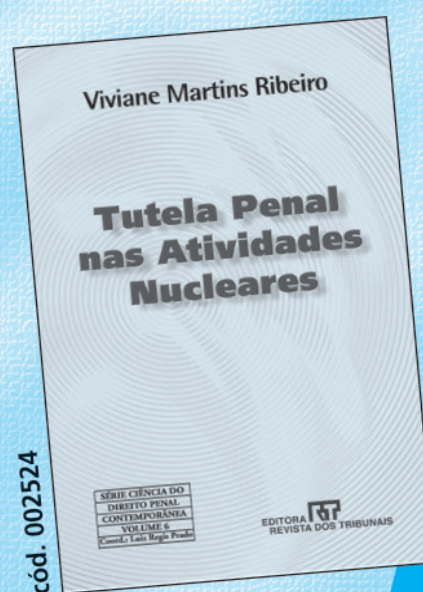
cód. 002578

544 páginas
capa flexível



cód. 002608

164 páginas
brochura



cód. 002524

278 páginas
brochura

**livraria
RT**

Adquira estas e
outras obras em
www.livrariart.com.br

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