

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

EDITORIAL

A REFORMA DO JUDICIÁRIO

A redemocratização formalizada pela Constituição de 1988 trouxe a urgência das reformas do Estado brasileiro. Ainda que muito longe de materializar-se para todos os segmentos da Nação, de um modo ou de outro a democracia estabeleceu novas rotinas políticas para o Executivo e o Legislativo. Ela imprimiu a rotatividade entre governantes e legisladores, responsabilizando-os e reclamando-lhes, com eloquência crescente, que passassem a prestar contas de seus mandatos.

Um dos Poderes da República, no entanto, ainda não se deu conta desse processo histórico, permanecendo atrofiado em suas velhas estruturas, alheio à vocação republicana e surdo à idéia de um Estado Democrático de Direito. O Poder Judiciário brasileiro, até por força de sua longa inspiração que remonta ao tempo colonial, ainda não se dispôs à necessária modernização estrutural e transparência política de seus atos.

É certo que muitos magistrados zelam pela toga que o povo lhes confiou. Temos testemunhado o surgimento de novos juízes comprometidos com a legalidade esclarecida e crítica que deles se espera. Novas gerações batem às portas da Magistratura e elas são entusiásticas, responsáveis e sérias. Vêm dispostas à transformação positiva da realidade brasileira, buscando a construção de uma sociedade mais justa e solidária, sob o império dos direitos fundamentais que edificam e dignificam a idéia de uma civilização.

No entanto, o mesmo não pode ser dito quanto às cúpulas que dirigem o Judiciário. Preservando-se embora as pessoas que nelas podem ser encontradas, não se pode, contudo, isentar os processos antidemocráticos e arbitrários que as alimentam e sustentam. A maior parte dos tribunais brasileiros de regra não prestam contas de seus atos. Não administram racionalmente seus recursos, queimando-os desastrosamente em aluguéis ou construções de palácios suntuosos; em publicações de discursos frívolos; em contratos ruinosos e, até mesmo, em veículos para pessoas já razoavelmente abastadas. A maior parte dos tribunais insistem em sessões decisórias secretas cujo tema é do mais candente interesse público; insistem em desrespeitar inequívocas garantias constitucionais dos jurisdicionados, como aquela da inamovibilidade dos próprios juízes; insistem em eleições fechadas de órgãos diretivos; insistem na distribuição dirigida de decisões liminares a certos órgãos de cúpula; insistem em regimentos internos da mais duvidosa legalidade e da mais inapetente inconstitucionalidade.

Eis então que a idéia de uma grave reforma do Poder Judiciário é bem-vinda à Nação brasileira. Dela não se pode ausentar quando a ordem é de reconstrução do Estado sob novas premissas. Seria então o caso de aplaudirmos efusivamente a reforma que hoje está pautada no Congresso Nacional, não estivesse ela sendo equivocadamente elaborada. O texto recentemente aprovado pelo Senado Federal e que agora retorna à Câmara dos Depu-

tados, traz inovações erroneamente endereçadas.

O primeiro grande equívoco é a inscrição, em nosso ordenamento normativo, das chamadas *súmulas vinculantes*. Elas surgem sob o pretexto de agilização de nosso sistema de justiça, escoltadas pelo argumento da sobrecarga de processos nos tribunais superiores. A proposta dessas súmulas abafa, à sociedade, a notícia de que há muito os tribunais, e particularmente o STF, já editam suas súmulas de jurisprudência, sendo elas comumente seguidas pelas instâncias inferiores. Ela também não diz que apenas agora nosso maior tribunal resolveu desengavetar esse poder normativo que, aliás, havia esquecido de exercer por tantos anos. Essa proposta não adverte à sociedade que as chamadas *súmulas vinculantes* pouco farão para desafogar o Judiciário, até porque a aplicação concreta dessas súmulas será sempre objeto de debates intermináveis por várias instâncias de julgamento. Porém, o que é ainda mais grave, é que a proposta das *súmulas vinculantes* não atenta para o imenso poder legislativo que deposita nas mãos do STF que, ao argumento de interpretá-las, poderá retocar não somente as leis, mas a própria Constituição da República, sobrepondo-se, portanto, àquelas e a outra. Nada se diz sobre como reconfortar, no nosso ordenamento, esse novo poder em face dos demais degraus normativos já existentes, ou sobre como resolver as antinomias daí certamente decorrentes. Não bastasse o poder de editar leis já estar sendo desde há muito atropelado pelo Executivo, através das torrenciais medidas provisórias, agora poderá ser atropelado também pelo Judiciário, através das *súmulas vinculantes*. Com isso, será esvaziado ainda mais o Congresso Nacional como casa legislativa e constituinte e, em contrapartida, o STF será agraciado com a imensidão de um poder para o qual não se legitimou historicamente. De nada vale invocar a tradição de países em que o Judiciário foi por décadas independente de pressões indevidas para, às pressas, vestir um manto que nunca foi devidamente utilizado pelos tribunais e pelos juízes brasileiros. Confiança não se reclama: exerce-se.

O segundo grande desvio é a instituição de um controle externo integrado em sua maioria pelos próprios juízes e reduzido, tão-somente, ao plano federal, tematizando a atividade singular dos magistrados. A autêntica idéia de um controle externo do Poder Judiciário é a de órgãos compostos majoritariamente por pessoas estranhas a ele, fiscalizando não os juízes em sua atividade propriamente jurisdicional, mas apenas os tribunais em sua atividade administrativa e correccional. A atenção desse controle externo jamais deveria voltar-se aos juízes singulamente, mas às Presidências, Vice-Presidências, Órgãos Especiais e Corregedorias de Justiça que existem em cada tribunal do País, cobrando-lhes transparência em suas decisões estruturais, acompanhando-os no desempenho de suas funções administrativas e correccionais para, fundamentadamente, impor-lhes o devido comprometimento com o interesse público. É absurdo imaginar que o controle externo do Judi-

Editorial

Índice

EDITORIAL:	
A REFORMA DO JUDICIÁRIO	1
SÚMULAS COMUM, VINCULANTE E IMPEDITIVA DE RECURSO José Barcelos de Souza	2
REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: O CUSTO ULTRAPASSA O BENEFÍCIO Carlos Roberto Isa	4
DIREITOS HUMANOS E MEDIDA DE SEGURANÇA Marco Polo Levorin	6
A PRODUÇÃO SOCIAL DA INJUSTIÇA Eneida Gonçalves de M. Haddad	8
A DEFENSORIA PÚBLICA NA AMÉRICA LATINA E SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO Observatório Latino-Americano de Política Criminal - Olapoc	8
A LIMINAR DO STF SOBRE ABORTO EM CASOS DE ANENCEFALIA: ONDE ESTAMOS E PARA ONDE DEVERÍAMOS IR? Thomaz Rafael Gollop	9
BRINCANDO COM A SOBERANIA ALHEIA Mohamad Ale Hasan Mahmoud	10
MULHER DE CÉSAR Humberto Togashi Takara	12
POSIÇÃO DO MMFD SOBRE A IMPOSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO DIRETA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ANTE A NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL MMFD - Movimento da Magistratura Fluminense pela Democracia	13
INTERCEPÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS: ATO EXCLUSIVO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL OU DE POLÍCIA JUDICIÁRIA Leonei Maruí Moura de Almeida	14
ESTATUTO DO DESARMAMENTO - UMA QUESTÃO DE COMPETÊNCIA Marcelo Lessa Bastos e Rubens R.R. Casara	16
A GARANTIA DA MOTIVAÇÃO E O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA Marcus Vinícius Reis Bastos	18
Caderno de Jurisprudência	
O DIREITO POR QUEM O FAZ: CRIME HEDIONDO E SURSIS. COMPATIBILIDADE. IRREGULARIDADE NA COMPOSIÇÃO DO ÓRGÃO JULGADOR Marco Aurélio	817
O DIREITO POR QUEM O FAZ: PRISÃO PROVISÓRIA DOMICILIAR Aramis Nassif	818
O DIREITO POR QUEM O FAZ: PRISÃO PREVENTIVA DEVE SER ORIENTADA PELO CRITÉRIO DA NECESSIDADE Antônio Luiz Pires Neto	819
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	820
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	821
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL	822
TRIBUNAL DE JUSTIÇA	823
TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL	824

ciário possa ser exercido por um único órgão de elite sediado em Brasília, distante dos tribunais estaduais e da sociedade civil, e composto majoritariamente por magistrados. Um tal órgão, no máximo, faria silenciar a condição política dos juízes, rebaixando-a à surdina e situando-a nos gabinetes. A oportunidade, ao contrário, é para a criação de tantos órgãos de controle quantos são os tribunais, em todos os Estados, compondo-os com uma representação majoritária de representantes da sociedade, e voltando-os não à fiscalização dos juízes, mas das cúpulas diretivas do

Judiciário, de quem devem, aliás, cobrar permanentemente aderência ao Estado Democrático de Direito.

Enfim, a preconizada reforma está mal endereçada. Ao invés de prestigiar a verdadeira independência dos juízes — aquela fundamentada no garantismo judicial — contra interferências inconfessadas, ela aparelha essas interferências com instrumentos mais sofisticados de controle, criando sobre os juízes brasileiros um novo olhar policiaresco e silenciando sua reflexão crítica. Enquanto isso, as cúpulas do Judiciário continuarão ílesas e suas

estruturas opacas acabarão ainda mais equipadas. Eis aí, embutido embora, um dos mais sérios e irreversíveis golpes já arquitetados contra as idéias republicanas e democráticas de nossa Nação. Estamos esquecendo que nada adianta querer mudar pessoas sem reformar os processos, as estruturas e as relações de poder em que as pessoas atuam. Não é possível conseguir isso, só agindo individualmente sobre os juízes, se, nada se fizer, ao mesmo tempo, para modificar a estrutura ultrapassada e a falta de transparência das cúpulas diretivas do Poder Judiciário brasileiro. 

Editorial

José Barcelos de Souza

SÚMULAS COMUM, VINCULANTE E IMPEDITIVA DE RECURSO

José Barcelos de Souza

Em geral decisões judiciais não atingem terceiros, estranhos ao processo, nem vinculam o juiz em relação a casos futuros, nem muito menos outros juízes, que não são obrigados a seguir a orientação do tribunal em outros processos. Nem os membros do tribunal, aliás, ficam sujeitos a acompanhar em julgamentos futuros sua própria orientação anterior. Podem mudar o entendimento, visto que, como observou muito bem um jurista, só não muda de opinião quem não pensa. Permanecer no erro é que, sem dúvida, não seria sensato.

Contudo, não obstante a oposição da Ordem dos Advogados do Brasil e de membros da Magistratura mesma, aos quais o Executivo e o Legislativo vêm dando correto e indispensável apoio, setores do Judiciário têm insistido, a propósito da tramitação do projeto de emenda constitucional referente à reforma do Judiciário, na adoção de mecanismo que torne obrigatório para juízes e tribunais certos entendimentos fixados pelo Supremo Tribunal em enunciados denominados súmulas, que se chamariam, por isso mesmo, súmulas *vinculantes*. Seria uma maneira de tornar mais ágil ou menos morosa a Justiça, diminuindo-lhe o trabalho através de uma espécie de triagem das demandas.

Há, entretanto, outras e muito melhores soluções para a morosidade da Justiça.

Além de outros inconvenientes, há o risco de tornar-se súmula vinculante matéria que careça de melhores estudos. Por exemplo, uma antiga Súmula do Supremo Tribunal, a de número 352, apoiou-se em um único julgado (!), e, além disso, julgado que teve nada menos que quatro votos contrários, o que levou o antigo ministro **Aliomar Baleeiro** a indagar: “Será, assim, jurisprudência predominante?”.

Tem-se objetado que a súmula vinculante engessaria a capacidade criativa do juiz e o aprimoramento do Direito.

Iria, porém, muito além disso. Engessaria, sobretudo, o trabalho do advogado.

Com efeito e como salientou em um de seus escritos o conceituado autor e professor

que foi **Celso Barbi**, quando se fala em jurisprudência eleva-se muito o papel do juiz e se esquece o papel do advogado, que é normalmente quem arranja soluções que o juiz apenas aceita ou não.

E ponderava: “O trabalho criador mesmo, apesar de ser atribuído aos tribunais, na realidade o início da criação, aquele trabalho inventivo de arranjar a fórmula para apresentar ao juiz, é trabalho do advogado. E felizmente é um trabalho que costuma resultar satisfatório, porque encontra receptividade dos juízes, que sempre querem acertar e que, quando encontram uma fórmula feliz trazida por um advogado, encontram aí a oportunidade de realizar a justiça, que a lei, às vezes, por outro meio não permita”.

Também o grande jurista uruguaio **Eduardo Couture** observou que certo juiz, num arroubo de sinceridade, disse que a jurisprudência é feita pelos advogados. Acrescentou o jurista que, realmente, assim é, porque na formação da jurisprudência e, com ela, do Direito o pensamento do juiz é, normalmente, um *posterius*. O *prius* correspondente ao pensamento do advogado.

Mas é claro que o trabalho criador do advogado seria irrelevante sem um bom e criterioso juiz que pudesse aproveitar e até melhorar o que de valioso encontrasse nele.

Exemplo disso foi a chamada teoria brasileira do *habeas corpus*, na avaliação de **Castro Nunes**, antigo ministro do Supremo, o episódio sem dúvida de maior culminância, o fato de maior significação em toda a nossa vida judiciária. Seu artifice, no Supremo Tribunal Federal, foi o ministro **Pedro Lessa**, mas inspirado em ninguém mais ninguém menos que **Rui Barbosa**, que pleiteava a dilatação do âmbito do remédio, argumentando e mostrando que a Constituição o permitia.

Mais recentemente, na década de 60, criou-se, não por lei, mas por construção pretoriana, a *liminar* nos *habeas corpus* (ou seja, a concessão provisória da ordem pelo relator, a vigorar até o julgamento do pedido), nas palavras de **Tourinho Filho** uma das mais belas criações de nossa jurisprudência. Surgiu no Superior Tribunal Militar, onde foi

concedida pelo relator almirante **José Espinola**, em *habeas corpus* impetrado pelo professor carioca **Arnold Wald**, vindo logo em seguida a ser adotada também no Supremo Tribunal Federal, em decisão do ministro **Gonçalves de Oliveira**, que acolheu pedido formulado pelo notável advogado que foi **Sobral Pinto**, concedendo a medida para impedir a execução de decreto de prisão expedido contra governador processado por crime político, o que ganhou então repercussão e impulso.

De qualquer modo, o que muito importa considerar é que o estabelecimento de súmula vinculante seria desenganadamente inconstitucional, mesmo que imposto por emenda constitucional, visto que esbarraria na cláusula pétrea, por isso mesmo insuscetível de modificação até por aquele meio, inscrito que se acha entre os direitos e garantias individuais, que a lei não excluirá da apreciação judicial qualquer lesão de direito.

É que a consequência não seria pura e simplesmente a de não poder o juiz decidir contra a súmula. Precisamente por lhe ser vedado assim agir, haveria de repudiar logo de início uma demanda que, posto fundada na lei, divergisse de súmula. Ter-se-ia, então, um exemplo de impossibilidade jurídica do pedido, inexistente no processo civil desde os tempos do Ato Institucional nº 5, que retirava os atos revolucionários da apreciação judicial.

O pior é que, imaginada a vinculação para súmulas do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça já a está querendo para as suas. Reivindicação nesse sentido já foi levada ao presidente do Senado. Não demora muito, e o Tribunal Superior do Trabalho também vai querer.

Tem-se falado também, a propósito da emenda constitucional de reforma do Judiciário, na adoção, em lugar daquela, de outro tipo de súmula, denominada impeditiva de recurso, que supostamente seria mais bem aceita.

Essa outra espécie de súmula, porém, seria também perniciosa, já que, como seu próprio nome está dizendo, impediria um recurso que

➔ a contrariasse. Desse modo, se o juiz não fica proibido de julgar como entender acertado, por outro lado a parte que perdeu não poderá bater às portas de um tribunal superior no caso de existir súmula contrária a seu alegado direito. Fica, como se vê, restringido seu importante direito de recorrer. No crime isso é mais perverso, porque pode estar em jogo o direito constitucional à ampla defesa, ou o direito à liberdade.

A súmula, em verdade, tende sempre a reinar absoluta, certa ou errada.

É o que, de certo modo, já vem ocorrendo com a súmula comum — uma mera relação numerada, composta de enunciados sucintos da jurisprudência predominante do tribunal —, que até tribunais inferiores já estão editando.

O estagiário, assessor ou juiz, mesmo diante de um seguro e bem fundamentado trabalho do advogado, é por vezes levado, pelo simples argumento de autoridade aliado a uma gratuita desconfiância para com o trabalho do advogado, a optar pela súmula, invocando-a e decidindo com ela, mas decidindo muitas vezes mal, que súmulas nem sempre contêm o melhor direito.

No crime isso é mais perverso. Frequentemente se tolhe o direito constitucional à defesa ampla.

Nociva será também a súmula impeditiva de recurso porque por meio dela o tribunal superior, ao forçar e impor um determinado entendimento, acaba, no fundo, legislando por via oblíqua.

Isso é antigo na Justiça. O imperador romano, que não era bobo, baixou um edito segundo o qual não se interpretaria lei clara (*interpretatio cessat in claris*). Foi para evitar que o magistrado, a título de interpretar a lei, legislasse, usurpando-lhe a função.

É o que, aliás, já vem ocorrendo entre nós, porque uma súmula comum, não só do Supremo Tribunal Federal, mas também do Superior Tribunal de Justiça, pode em certos casos surtir o efeito de uma "Súmula impeditiva de recurso", instituição que, sem alarde e um tanto despercebidamente, já entrou, sem aquela denominação, para nossa legislação ordinária.

De fato, lá está numa lei de maio de 1990, sobre os procedimentos naqueles Tribunais, que o relator negará seguimento a pedido ou recurso que, dentre outros casos, contrariar, nas questões predominantemente de direito, súmula do respectivo Tribunal. E assim se reprime um recurso. Intercepta-o legalmente o relator, impedindo-lhe o seguimento. O objetivo da lei foi, sem dúvida, diminuir o número de recursos.

E súmulas têm proliferado ultimamente. No fim de 2003 o Supremo editou, só em matéria criminal, nada menos que trinta e seis súmulas. Vou mencionar duas delas, não só porque legislam contra entendimentos de grandes juizes do próprio Supremo Tribunal Federal, mas também porque, além disso, legislam contra a própria Constituição, limitando o uso do *habeas corpus*, coisa mais

própria de ditadura e de estado de sítio.

Veja-se uma dessas sumulas recentes, a de número 691. Segundo ela, se em um tribunal superior for negada liminar pedida em *habeas corpus*, não adianta ir pedi-la ao Supremo Tribunal Federal, porque nesse caso ele não deve tomar conhecimento do pedido. Como não há outro meio para se conseguir a liminar, fica tudo por isso mesmo.

Um entendimento desse não deveria ser colocado na súmula, não só porque tira do cidadão o direito de defender sua liberdade individual, mas também porque lá mesmo, naquele Tribunal, há opinião contrária, do preclaro e festejado ministro **Marco Aurélio**. Principalmente quando se sabe que limitares na imensa maioria das vezes não são concedidas, até mesmo quando pedidas simplesmente para que não se execute logo um acórdão condenatório pleno de nulidades manifestas.

Mencione-se, ainda, um outro caso. Impetrado um *habeas corpus* ao Supremo Tribunal para cancelar uma condenação em perda de função pública, baseada em dispositivo legal já revogado, o acórdão negou o *habeas corpus*, ao fundamento de que o meio escolhido para defesa do alegado direito mostrava-se inadequado.

Esse entendimento agora foi para a súmula de número 694. Entretanto, como havia contra ele um notável voto vencido proferido pelo insigne e culto ministro **Sepúlveda Pertence** (desses votos vencidos que o leitor é levado a exclaimar, com admiração, que precisamente ele é que merecia ter sido vencedor), mostrando que o meio utilizado era adequado, fica difícil entender como o acórdão entrou para a súmula.

Vale a pena transcrever pelo menos a confirmação de voto feita pelo ministro **Pertence**, acórdão publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 41, pp. 159/175. Lembrando que "o Tribunal, em numerosos precedentes, fez do *habeas corpus* um meio expedito e processualmente econômico para corrigir quaisquer ilegalidades contra o réu no processo penal, doutrina extensiva da qual foi expoente na Casa, em numerosos votos, o sandoso ministro **Luiz Gallotti**", salientou o ministro que "este caso retrata bem a economicidade desta amplitude, restrita e circumspecta, que a jurisprudência construiu em épocas memoráveis deste Tribunal. O que restará ao paciente, depois de expulso, são as delongas inúteis de uma revisão criminal para forçar-se a uma ilegalidade evidente, sobre a qual estamos todos de acordo".

O projeto de reforma do Judiciário precisa cuidar é da abolição da súmula impeditiva. Porque, se é boa para diminuir os serviços de tribunais, é ruim para o cidadão. ●

José Barcelos de Souza

Professor titular da Faculdade de Direito da UFMG e da Faculdade de Direito Milton Campos e diretor do Departamento de Direito Processual Penal do Instituto dos Advogados de Minas Gerais

José Barcelos de Souza



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

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 Silvia de

Moraes Barros

SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Theodomiro

Dias Neto

COORDENADORES ESTADUAIS:

Veja relação à página 17.

É lugar comum afirmar que o sistema prisional brasileiro está depauperado. Todos sabem que as prisões são barris de pólvora, cujas explosões causam a morte de muitas pessoas, inclusive, recentemente, de integrantes do Poder Judiciário paulista. Na visão profana sobre sistema penal, esses lamentáveis problemas impõem, a qualquer custo, solução rápida e eficaz. Estudiosos da ciência penal, no entanto, advertem que a “pressão popular” pode trazer ao Estado de Direito sérios prejuízos e irromper supressão ou mitigação das garantias constitucionais. Crítico severo da vocação expansionista da lei penal, **Miguel Reale Júnior**⁽¹⁾ observa que a classe política brasileira tende a trocar a rigor da lei penal que edita por votos, dando a falsa impressão de segurança, sob o impacto de exigências de repressão legal, por parte de uma imprensa que dramatiza, em busca de audiência, o fenômeno delituoso.

Alheio à visão científica da “coisa penal”⁽²⁾, o legislador — embalado pela “legitimação popular” que pretende maior rigor nas punições — presenteia-nos com pacotes de leis. Crê-se, pois, que o problema da criminalidade se resolve pela via legal e, se é pela lei, supostamente se atende aos postulados do Estado de Direito.

Neste ponto impende indagar: a legiferação penal brasileira é própria de um Estado de Direito ou traduz um Estado de mera legalidade? Com a introdução do Regime Disciplinar Diferenciado - RDD, feita pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que alterou a Lei de Execuções Penais, o legislador reafirma a adoção do segundo caminho. O contraste entre o artigo 52 da *novel* lei e a Constituição da República permite essa lamentável conclusão. A referida norma solapa, de uma só vez, importantes postulados do Estado de Direito, como a dignidade da pessoa humana (fundamento da República), o princípio da legalidade penal, a vedação às penas cruéis e degradantes e a presunção de inocência, entre tantos outros. A par dos inúmeros problemas acusáveis na indigitada lei, nossa inquietação, nestas poucas linhas, atina tão-somente com a afronta ao princípio da legalidade, o que não significa resignação quanto às demais impropriedades.

Tem-se que num Estado submetido ao Direito, o poder encontra seu limite na lei. Obedece-se, portanto, ao princípio da legalidade. A esta medida, o artigo 52 da Lei nº 10.792 seria consentâneo à Constituição, notadamente artigo 5º, XXXIX, porque satisfaz o princípio constitucional, certo? Er-

rado! A caracterização do Estado de Direito transcende em muito a mera positivação da conduta proibida. Apesar de haver sido submetido a regular processo constitucional legislativo, o citado artigo laconiza a proibição e, assim, esvazia por completo a garantia constitucional da legalidade penal, razão pela qual, sob nossa ótica, apresenta-se materialmente inconstitucional. Com textura insofismavelmente aberta, dispõe o artigo e parágrafos: “*A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplinas internas, sujeita o preso provisório, ou o condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: (...) §1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal e da sociedade. §2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou condenado sobre o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando*”. Ora, o que traduziria a subversão à ordem? Quem pode apresentar alto risco à ordem e à segurança e o que significam tais expressões? O que fazer ou não fazer para que contra si não recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas? Conceito último, aliás, até hoje não explicitado pela lei nem tampouco pela jurisprudência.

Salta aos olhos a malícia da técnica legislativa empregada na construção dos tipos infracionais. Socorreu-se o legislador de cláusulas excessivamente amplas, sem definir com precisão os contornos da conduta proibida. Com sinceridade intelectual não é possível captar o que realmente é proibido, não há como negar que as cláusulas são dotadas de gigantesca capacidade de expansão interpretativa. Paradoxalmente, a imensa liberdade de interpretação autoriza a eliminação da liberdade do homem que já se encontra preso.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho inquina esse fenômeno legislativo de “despotismo legal”. Segundo o ilustre professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, “*ao fazer da lei mero instrumento, o Estado Legal não mais a tem, obviamente, como limitação. E isto enseja o despotismo legal. Contendo-se em impor que o Estado atue pela forma do Direito, fazendo abstração do seu conteúdo de justiça, tende a autorizar quem faz a*

lei a impor aos homens o que lhe apetece (em nome de elevados ideais e sempre da ‘vontade popular’ ...). Elimina, por completo, a garantia da liberdade individual contra a opressão do poder estatal que o Estado de Direito objetivava. De fato, o Poder, no Estado Legal, tudo pode, desde que guarde aparências, desde que observe as formalidades. A lei, encarada por um prisma apenas formal ignorando-se a sua vinculação com a Justiça, renega o Estado de Direito”⁽³⁾. Arrimados na autoridade intelectual do insigne mestre podemos afirmar que o legislador recobriu o RDD com uma roupagem democrática, ocultando, todavia, a real feição de mera legalidade.

Como que aconselhados por **Maquiavel** e orientados pela razão prática, nossos políticos, com força bruta de feição semelhante à totalitária do 3º Reich Alemão⁽⁴⁾, amesquinham a mais importante garantia constitucional relativa à matéria penal, ao editar a Lei nº 10.792 — artigo 52 — porquanto afrontou o artigo 5º, XXXIX, pela evidente subversão às exigências liberais e aos imperativos da “*lex certa, lex clara, lex determinata, lex proportionalis*”⁽⁵⁾.

Muito apropriado ao tema é a doutrina de **Gimbernat Ordeig** que com firmeza declara: “*Certo que a comunidade, para proteger os interesses jurídicos de suma importância, pode restringir a liberdade do indivíduo; mas essa intervenção é de uma transcendência tal que a pessoa pode exigir que lhe digam com certeza quais são os comportamentos que levam consigo uma reação estatal tão radical; pode exigir que se assegure que não venha a suceder essa reação, ou que não pode o Estado privá-lo de bens tão fundamentais como a liberdade...*”⁽⁶⁾. Veja-se que os dois aspectos fundamentais do princípio da legalidade (taxatividade e transparência) se vêem obscurecidos pela indigitada lei, impondo aos presos definitivos, ou o que é pior, aos presos provisórios, uma dramática e insuportável insegurança jurídica, sob a ameaça de recolhimento a cela individual pelo prazo de 360 dias (com “direito” a duas horas diárias para banho de sol), sem prejuízo de repetição da sanção por falta grave da mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada.

Se na política não há ética no direito deve haver! Aliás, na oportuna lição do eminente professor **Cezar Saldanha**⁽⁷⁾, é o direito a justa fusão entre a política e a ética. A Norma Fundamental é quem coroa a relação entre o ético (busca da felicidade individual e social) e o político (realização prática do bem comum) e, precisamente por isso, é impossível olvidar que ➡

➔ a Constituição consagra valores éticos superiores como a liberdade. A Constituição, no Estado Democrático de Direito, converteu-se no instrumento último, fundamental e seguro de proteção dos valores éticos indispensáveis à realização da natureza humana, e o artigo 5º, XXXIX, é a mais importante garantia de todo sistema jurídico penal.

O RDD é, sob nossa ótica, o veículo de concepção onipotente e salvacionista que rompe as autonomias das dimensões humanas, operando como contravalor (dignidade da pessoa humana e liberdade) e com isso revela a miséria de nossa sociedade política. Tendo em mira a consecução dos objetivos traçados, qual seja, “ordem e segurança nos presídios”, o legislador não se viu limitado pelos direitos que são resguardados constitucionalmente. A criação de tipos infracionais excessivamente abertos, com expressões equívocas que não podem ser empiricamente determinadas, já foi observada no período pré-moderno e moderno, em épocas nada afeiçoadas à supremacia do Direito. Por tais razões é possível concluir que o preço a ser pago pela democracia brasileira não vale o “benefício” oferecido pelo RDD que, para nós, representa a institucionalização do ódio e da vingança.

Alenta-nos que o RDD não seja imune às formas de controle de constitucionalidade, mas se fracassarmos nesse controle, *good by blue sky*⁽⁸⁾. ☪

Notas

- (1) *In: Teoria Constitucional do Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, prefácio.
- (2) Expressão empregada pelo ministro da Justiça **Marcio Thomaz Bastos** para designar o sistema composto pelo direito penal e direito processual penal, na cerimônia de abertura do 9º **Seminário Internacional do IBCCRIM**, em 30 de setembro de 2003.
- (3) *Estado de Direito e Constituição*, 2ª ed. ver. e ampl., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 58.
- (4) **HUNGRIA, Nelson**, *Comentários ao Código Penal*, v. I, t. I, Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- (5) **GOMES, Luiz Flavio**, “Princípio da legalidade (ou da reserva legal) e os limites das medidas provisórias em Direito Penal”, *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e Medidas Provisórias e Direito Penal*, VV.AA., **GOMES, Luiz Flávio** (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 208 e segs.
- (6) **GIMBERNAT ORDEIG**, *Concepto y Método de la Ciencia del Derecho Penal*, Madrid: Tecnos 1999, p. 47.
- (7) **SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha**. *A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos*, Porto Alegre. Tese para concurso de professor titular apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 35.
- (8) Referência à escassa possibilidade do preso ver a luz do sol durante o tempo de submissão à cela individual por força do regime disciplinar diferenciado — RDD.

Carlos Roberto Isa

Advogado em São Paulo, mestrando em Direito Constitucional pela USP e professor de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade São Francisco



BOLETIM IBCCRIM
- ISSN 1676-3661 -

COORDENADOR-CHEFE:
Carlos Alberto Pires Mendes

COORDENADORES ADJUNTOS:
Andréa Cristina D'Angelo, Fernanda Velloso Teixeira, Leopoldo Stefanino 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) 3277-9181

“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

1º CURSO DE ADVOCACIA CRIMINAL - CAPACITAÇÃO PARA A ADVOCACIA E ATUALIZAÇÃO NA LEGISLAÇÃO PENAL À LUZ DA TEORIA DO GARANTISMO PENAL - ESA - OAB-RS

Promoção e Organização: Escola Superior de Advocacia – OAB-RS

Patrocínio: Editora Lumen Juris

Apoio Institucional: IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e ITEC – Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais

Local: Escola Superior de Advocacia – Rua dos Andradas, 1.276 – 8º andar - Porto Alegre/RS

Datas: 16, 17, 18, 19, 23, 24, 25, 26, 30 e 31 de agosto e 01 e 02 de setembro de 2004

Horário: 19h30min às 22h

Inscrição: R\$ 140,00 até o dia 06 de agosto - R\$ 150,00 após o dia 06 de agosto

Informações tels.: (51) 3225-6920 e (51) 3211-0669

O conteúdo programático está disponível no *site* do IBCCRIM: www.ibccrim.org.br

IV CURSO DE EXTENSÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS - CAMPO GRANDE-MS

O IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – Coordenadoria do MS realizará, no **dia 16 de setembro de 2004, das 19h às 22h30min**, palestra sobre **Constituição e Direito Penal** com o Dr. **Cristiano Avila Maronna**.

Informações e Inscrições:

Sede do IBCCRIM-MS

Rua Alagoas nº 595 - Sala 1 - Jardim dos Estados, Campo Grande/MS

Tel/fax: (67) 327-2095

1. Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana impõe respeito aos direitos humanos, a limitação do poder estatal, caracterizando um limite na interferência do Estado. Tal limite, que se fundamenta na observância ao respeito ao ser humano, exige um uso racional e humanitário do poder estatal. Devem, portanto, ser utilizados meios que respeitem os direitos humanos, que imponham o mínimo de sofrimento possível ao cidadão.

Como nos ensina **Chaves Camargo** o Estado de Direito, no seu conceito moderno, deve ser compreendido como a limitação do poder estatal e a total vinculação deste ao Direito⁽¹⁾, sendo a dignidade da pessoa humana um limite de interferência do Estado no cumprimento da pena imposta, ou seja um **respeito à restrição da liberdade do homem no limite determinado por lei**. Para **Silva Franco**⁽²⁾ o princípio da dignidade da pessoa humana constitui a viga mestra de todo arcabouço jurídico, porque “*confere unidade de sentido ao conjunto de preceitos relativos aos direitos fundamentais*”.

Como viga mestra de todo o arcabouço jurídico, a dignidade incide nas normas de Direito Penal e Processo Penal, reivindicando a humanização no rigor penal, impedindo crimes ou penas e medidas de segurança cruéis, humilhantes, infamantes, degradantes, perpétuos.

Portanto, a perda da liberdade não pode redundar na perda da dignidade. Por isso a dignidade deve estar garantida pela observância dos limites impostos nas leis penal e processual. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana deve minimizar os inafastáveis e naturais malefícios do processo penal, não podendo ser aplicadas sanções que ofendam o respeito e a integridade dos acusados, como na hipótese de indeterminação no cumprimento.

2. Proteção dos Direitos Humanos

Os direitos humanos contemplam os direitos fundamentais do homem positivados, que se consolidam como uma “*limitação da soberania popular em face dos poderes constituídos do Estado que dela dependem*”⁽³⁾, ou seja é um limite na outorga de poderes para o legislador, que fica impedido de criar tipos e penas ou medidas de segurança desumanos.

Segundo **Scarance Fernandes**⁽⁴⁾, “*a evolução do relacionamento indivíduo-Estado, houve necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder estatal intervencionista. Para isso os países inseriram em suas Constituições regras de cunho garantista, que im-*

põem ao Estado e à própria sociedade o respeito a direitos individuais”.

A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem no seu artigo 29 prevê o respeito às liberdades públicas, que impõem uma intervenção estatal rigidamente limitada por lei, ao dispor que: “*2. No exercício destes direitos e no gozo das liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática*”⁽⁵⁾.

Ou seja é a liberdade garantida pela observância da legalidade, como limite absoluto imposto ao poder do Estado, no âmbito da autodeterminação individual. Esta liberdade se torna um direito legalmente protegido e exigível, caracterizando-se por ser um núcleo inviolável do sistema, compreendendo a própria dignidade do homem.

“*Por estas características fica evidente que a ordem jurídica positiva não pode ser contrária aos direitos humanos, não se admitindo que uma norma legal, sua interpretação e aplicação contrariem as exigências éticas da dignidade humana*”⁽⁶⁾.

É por isso que a Constituição consagra fielmente dispositivos reconhecedores da proteção dos direitos humanos, que têm inclusive previsão em tratados internacionais. Assim, o art. 5º, inc. III, da Constituição de 1988 que, ao prever que “*ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento cruel, desumano ou degradante*”; ou no art. 5º, inc. XLVII, ao prever: “*não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis*”.

Como há a exigência do legislador de não criar tipos penais ou penas e medidas de segurança desumanos, e como há o expresse reconhecimento das liberdades públicas, sendo limitadas apenas pela lei penal, a indeterminação no cumprimento da medida de segurança ofende a dignidade da pessoa humana e, por decorrência, o reconhecimento dos direitos humanos positivados, isso porque o cidadão não sabe qual limite terá o Estado na utilização do seu poder se lhe for imposta essa sanção (medida de segurança).

3. Da Legalidade e dos Princípios Decorrentes do Estado Democrático de Direito⁽⁷⁾

O princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege* cumpre uma função garantista da liberdade individual, mediante a proteção do indivíduo frente à arbitrariedade estatal, assim definido por **Luigi Ferrajoli**⁽⁸⁾.

Disso decorre que a função do princípio da legalidade no Estado Democrático se caracteriza pela garantia demonstrada pela certeza e determinação do Direito, ou seja, a possibilidade de se conhecer de forma clara e determinada os limites de sua liberdade, bem como em que quantidade poderá o Estado nela intervir.

Tal garantia inicia-se pela limitação legislativa, uma vez que o fundamento político do princípio da legalidade legitima apenas o Poder Legislativo a definir aquilo que é ilícito penalmente, como assinala **Conesa**⁽⁹⁾, estendendo-se aos juízes, que apenas se limitam a dizer se existe ou não a conduta previamente definida pelo legislador e o *quantum* de sanção.

Nem se argumente que os princípios da utilidade e finalidade das medidas de segurança justificam a intervenção indeterminada contra o indivíduo, porque deve ser avaliada a sua admissibilidade ética frente ao afetado, como assinala **Welzel**⁽¹⁰⁾.

Assim, resulta claro que as garantias da legalidade devem estar na medida de segurança para que seja determinada, estabelecendo o *quantum* de intervenção estatal, até porque não há direito penal vagando fora da lei escrita, como lecionava **Nelson Hungria**⁽¹¹⁾.

Deve a legalidade penal incidir em sua plenitude na medida de segurança, tal qual na pena. Nesse sentido, a norma que prevê a indeterminação da medida de segurança, é dizer, a norma que possibilita a intervenção inclusive perpétua na liberdade individual, não pode ser considerada como tal, de maneira como elas vêm sendo interpretadas.

As mesmas garantias de se impedir a prisão perpétua, a crueldade e os limites atinentes às penas devem ser admitidas para a medida de segurança e, portanto, o § 1º do art. 97 do Código Penal, que prevê a internação com prazo indeterminado, deve ser interpretado, considerando as limitações impostas pela legalidade e pelos princípios decorrentes do Estado Democrático de Direito, como sendo relativamente indeterminado o limite máximo de internação e não como absolutamente indeterminado.

Portanto, a indeterminação será relativa porque vinculada ao máximo da pena cominada em abstrato, que é o limite imposto pelo Estado, em razão da legalidade penal. Assim uma medida de segurança não poderia perdurar mais do que a pena máxima cominada em abstrato para inimizável. Isto porque todo cidadão goza da garantia constitucional de conhecer previamente qual será o *quantum* da intervenção estatal na sua esfera de liberdade individual, para a eficácia da dignidade da pessoa humana.

➔ 4. Aplicação da Legalidade Penal na Medida de Segurança

A todo cidadão (processado ou não) é assegurado o conhecimento da quantidade da intervenção estatal, seja imputável, seja inimputável, na pena ou na medida de segurança, abandonando as concepções de “terror penal”, onde a legalidade não cumpre a função de legitimar os desvios do poder estatal.

Se a intervenção estatal deve ser regrada e limitada, a medida de segurança só poderá ser aplicada na quantidade e limites previamente conhecidos pela legalidade penal, não podendo ser absolutamente indeterminada na duração, sob pena de intervenção perpétua.

Assim é que incidem na medida de segurança os princípios decorrentes da legalidade e do modelo garantístico, quais sejam: princípio da legalidade penal, princípio da reserva legal e primazia da lei, princípio da proibição da analogia, princípio da proibição do costume, princípio da irretroatividade, princípio da anterioridade, princípio da tipicidade, princípio da perigosidade, princípio da adequação social, princípio da taxatividade/determinação, princípio da proporcionalidade, princípio da intervenção mínima, princípio da fragmentariedade, princípio da subsidiariedade, princípio da máxima previsibilidade, princípio da dignidade da pessoa humana e humanidade da pena, princípio da igualdade, limite da pena e prescrição, que constituem o arcabouço dos Direitos Humanos em matéria penal.

A incidência de todos esses princípios impõe uma medida de segurança determinada, exigindo um prévio conhecimento do máximo da intervenção estatal na liberdade individual, um marco certo para expirar.

Nem se argumente que, como a medida de segurança é baseada na perigosidade do agente, só cessará quando esta expirar, sendo esse seu limite. A simples possibilidade de alguém praticar um fato definido como crime e de a cessação da periculosidade não ter sido aceita pelo juiz da Vara das Execuções Criminais por várias oportunidades, estará gravando a medida de segurança com perpetuidade, o que é vedado pelo texto constitucional.

O limite máximo de intervenção estatal, segundo a legalidade penal, é o máximo de pena prevista em abstrato; por decorrência também o será para a medida de segurança. Neste sentido, o inimputável que, *e.g.*, praticasse um homicídio simples gozaria da garantia fundamental (art. 5º, II e XXXIX, da CF/88) de que não teria sua liberdade cerceada por um período superior a 20 (vinte) anos.

Destarte, o § 1º do art. 97 do CP, como posto, é inconstitucional, no que se refere à

indeterminação da intervenção do Estado. Não pode conviver o “terror penal” e autoritário de medidas de segurança sem limite legal com a “segurança jurídica” e o Estado Democrático de Direito. A Defesa Social e a Prevenção Geral encontram limites no modelo garantista do qual faz parte legalidade penal.

Diante deste quadro, propomos uma limitação e determinação do prazo máximo de duração da medida de segurança, fundamentada no princípio da legalidade, nos seguintes termos: para o agente inimputável que cometer um ilícito típico e haja certeza da perigosidade, o prazo não poderá ultrapassar o da pena máxima prevista em lei; para o semi-imputável que na sentença recebeu uma pena substituída por medida de segurança, o prazo é o da pena substituída; para a hipótese de substituição de pena por medida de segurança na execução, o prazo de duração será o da pena imposta na sentença condenatória transitada em julgado, em respeito à coisa julgada.

Acrescente-se a limitação do art. 75 do Código Penal também aplicada às medidas de segurança, vedando-se por decorrência a duração da internação por prazo superior a 30 (trinta) anos em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, atendendo inclusive a vedação da custódia de caráter perpétuo positivado no art. 5º, inc. XLVII, *b*, da CF/88.

5. A recente decisão do Supremo Tribunal Federal

Foi publicado no *Boletim do IBCCRIM* a seguinte decisão liminar concedida pelo ministro **Marco Aurélio**: “É certo que o § 1º do art. 97 do Código Penal dispõe sobre o prazo de imposição de medida de segurança para inimputável, revelando-o indeterminado. Todavia, há de se conferir ao preceito interpretação teleológica, sistemática, atentando-se para o limite máximo de trinta anos fixado pelo legislador ordinário, tendo em conta a regra primária vedadora da prisão perpétua. A não ser assim, há de concluir-se pela inconstitucionalidade do preceito” (HC nº 84.219-4/SP, decisão liminar, rel. min. **Marco Aurélio**, j. 24.04.04, DJU de 03.05.04, p. 11, nº 88), publicado no *Boletim* nº 139, junho/2004 do IBCCRIM.

A decisão da lavra do eminente ministro **Marco Aurélio** tem fundamental importância à medida que traz limitação pela dignidade da pessoa humana, o respeito aos Direitos Humanos e a observância à legalidade como pano de fundo. Tal decisão preocupou-se com o limite da legalidade na medida de segurança ao afiançar o limite de 30 (trinta) anos para o seu cumprimento; mas revelou preocupação com a sociedade e com o tratamento a ser ministrado ao

internado, à medida que determinou sua transferência para hospital psiquiátrico comum. Já havíamos proposto⁽¹²⁾ a transferência do interno para o hospital psiquiátrico comum, na hipótese de término da medida de segurança.

Assim, a garantia da legalidade encontra limite no prazo de cumprimento da medida de segurança, que atende não apenas à dignidade da pessoa humana, mas o reconhecimento dos Direitos Humanos, que devem ser aplicados àqueles que estão internados em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico. Por fim, ressalto que não há Direito Penal num Estado Democrático de Direito sem o respeito aos Direitos Humanos, que têm na vedação da prisão perpétua um dos seus limites da legalidade penal. ◉

Notas

- (1) **A.L. Chaves Camargo**, *Culpabilidade e Reprovação Penal*, pp. 16/7.
- (2) **Alberto Silva Franco**, *Crimes Hediondos*, 4ª ed., ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 49.
- (3) **José Afonso da Silva**, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª ed., 3ª tir., ed. Malheiros, 1993, p. 164.
- (4) **Antonio Scarance Fernandes**, *Processo Penal Constitucional*, 3ª ed., ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 13.
- (5) Declaração Universal dos Direitos do Homem. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral na Resolução 217 A (III) de 10 de dezembro de 1948 da Organização das Nações Unidas.
- (6) **Dalmo de Abreu Dallari**, “Humanismo Jurídico”, publicado no *Boletim* nº 15, ano 5, out./dez. 1998, da Associação de Juizes para a Democracia, p. 1.
- (7) Em consonância com obra de nossa autoria intitulada *Princípio da Legalidade na Medida de Segurança*, publicada pela Editora Juarez de Oliveira, 2003.
- (8) **Luigi Ferrajoli**, “O Direito como Sistema de Garantias”, *Revista do Ministério Público*, p. 29.
- (9) **Fulgencio Madrid Conesa**, *La Legalidad del Delito*, p. 5.
- (10) **Hans Welzel**, *Derecho Penal Alemán*, traducción del alemán por los profesores **Juan Bustos Ramírez** y **Sergio Yáñez Pérez**, p. 288.
- (11) *Comentários ao Código Penal*, 3ª ed., v. 1, t. 1º, ed. Revista Forense, 1955, p. 11.
- (12) **Marco Polo Levorin**, *Princípio da Legalidade na Medida de Segurança*, ed. Juarez de Oliveira, 2003, p. 229.

Marco Polo Levorin

Mestre e doutorando pela PUC/SP, especialista pela Universidade de Coimbra, professor do Imes (por concurso público), FMU e Universidade São Marcos e advogado militante

O documentário de **Maria Augusta Ramos** — *JUSTIÇA* — está nos cinemas do País. Quem o assiste sai estarecido. Não pelo tema. Mas pelo tratamento que a diretora conseguiu dar ao tema.

É pela arte que **Maria Augusta Ramos** apela para a urgência da transformação da organização social brasileira. Por mais que se deseje, não se consegue traduzir em linguagem escrita ou falada tudo que o documentário retrata. Tomado como objeto de análise, ele perde a maior parte do seu significado, de sua forma sensível. Contudo, não há dúvida, é importante discuti-lo. Deverá ser divulgado amplamente, conhecido e debatido pelos diferentes segmentos sociais, pois, enquanto arte, permite que se ultrapasse a esfera espontânea da realidade e se chegue à esfera crítica.

Num primeiro momento, temos a impressão de que o tema do documentário é a aplicação da Justiça nas Varas Criminais do Rio de Janeiro, o precário funcionamento do sistema judiciário. Pouco a pouco, o equívoco é dissolvido: o alvo é a organização social, produtora e reprodutora da exclusão social, que algema não somente os réus, mas também os juizes, os promotores, os defensores públicos, os policiais, as testemunhas, os espectadores, enfim toda a população.

Sua primeira cena já aponta a precariedade do acesso à Justiça. No seu desenrolar, vai desmitificando a teatralização, mostrando a arbitrariedade, o ritual marcado pelo distanciamento entre a população e os operadores da Justiça que devem servir (servidores públicos que são), revelando como o monopólio da jurisdição pelo Estado não garante justiça e segurança à população, questionando a existência de fato do Estado Democrático de Direito.

O documentário fala também da precarie-

dade das instituições que constituem o sistema de Justiça: precariedade das Varas Criminais, da Polícia e do sistema carcerário; desinformação da população; o importante papel da Defensoria Pública na garantia do acesso à Justiça. Mostra como a defensora está próxima dos réus, como é impossível para ela se manter distante, desobrigada do drama real. O humano prevalece, fala mais forte. Ela consegue transgredir o formalismo imposto pelo sistema. Sua importância é visível — assim como seus limites — num sistema marcado pela fragmentação. Somos levados a pensar na triste realidade do Estado de São Paulo, carente de uma Defensoria Pública, embora sua criação nos Estados da Federação esteja prevista no texto constitucional promulgado há quase duas décadas.

A câmera, em diferentes momentos, pausa na promotora, mergulhada em seu mundo, alheia, distante da realidade que observa. Inatingível. De fato, o funcionamento normativo do aparelho penal preserva as distâncias.

O documentário aponta, ainda, que os réus são condenados por delitos muitos semelhantes. É visível o *apartheid* social, a exclusão. A miséria está presente no corpo, na malandragem, nas vestimentas, no olhar, na saúde, na fala, na ingenuidade, no gestual dos réus e dos familiares, no tipo de delito cometido, na justiça restritiva destinada àqueles que superlotam as prisões.

O aparato de justiça reforça a percepção que a opinião pública tem do crime: interliga-o aos crimes comuns, praticados pela classes populares, tomadas como as classes perigosas. É impossível não indagar: onde estão os “bandidos das elites”, que cometem os crimes não percebidos como ameaças evidentes (a corrupção, os golpes financeiros, a

evasão fiscal, dentre outros), que podem contratar os serviços de advogados particulares que patrocinarão sua defesa de forma mais ampla desde o início da abertura do inquérito?

O documentário de **Maria Augusta Ramos** comprova que não é possível separar desigualdade jurídica de desigualdade social. Contradiz o senso comum no que se refere à atuação do sistema de justiça criminal. É amplamente difundido na sociedade que os presos são beneficiados pelo sistema penal, do que decorrem as altas taxas de criminalidade e a ineficácia da pena. As imagens no interior da carceragem da Polinter revelam os efeitos criminógenos do sistema carcerário.

A cena da igreja é emblemática. Remete-nos ao fato de que, na precariedade de redes sociais que garantam solidariedade, a população busca a religião como ponto de salvação. Daí o sucesso do mercado religioso. Outra cena emblemática dentre muitas é o ritual da passagem de juíza a desembargadora. A teatralização, o apelo emocional, a tragicomédia da igreja se repetem na cerimônia oficial de posse do novo cargo.

O documentário aguça nossos sentimentos. Daí ser arte. Arte que, focando a Justiça, nos impele a reinterpretar a realidade social. Daí ter que ser divulgado, pois sentimento é conhecimento. Penso que, ratificando a necessidade de mudanças nas instituições da Justiça, da reforma do Judiciário, do importante papel da Defensoria Pública, revela que as transformações devem ser mais amplas para se chegar à justiça social. Sem ela, tudo permanecerá na mesma. ●

Eneida Gonçalves de Macedo Haddad
Socióloga e pesquisadora do
Núcleo de Pesquisa do IBCCRIM

Eneida Gonçalves de Macedo Haddad

A DEFENSORIA PÚBLICA NA AMÉRICA LATINA E SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Observatório Latino-Americano de Política Criminal - Olapoc

O Observatório Latino Americano de Política Criminal – Olapoc, do **IBCCRIM**, tem o prazer de apresentar o estudo realizado acerca das Defensorias Públicas na América Latina. Foram pesquisados, ao todo, 31 (trinta e um) países, e o objetivo da pesquisa foi o de traçar um panorama jurídico dessa carreira.

Cuidou-se, principalmente, da análise dos textos legais da instituição em cada país e destacar, em quais deles, há previsão expressa na Constituição. Nesse ponto, a surpresa. Poucos a erigem como carreira de Estado. Além do Brasil, somente, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru e Venezuela possuem previsão constitucional para Defensoria Pública.

A assistência judiciária é exercida, na verdade, de maneira precária e, muitas vezes, sequer totalmente garantida, haja vista que em alguns países caribenhos a obrigatoriedade de defensor só existe para crimes sujeitos à pena capital.

O mecanismo utilizado em grande parte dos países para o acesso à Justiça daqueles que não podem prover advogados é o de estabelecer convênios entre o Estado e advogados privados. Também, nesse empenho, contribuem as Universidades de Direito.

Curioso notar que, à exceção dos países que não adotam o direito europeu continental como modelo legal, o Ministério Público conta com órgão estruturado. No que toca, especialmente, à área penal, essa distinção acaba por impingir um desequilíbrio processual.

Nos objetivos comuns, que integram os países que compõem a América Latina, como sejam, a busca da democracia, da liberdade e — principalmente no que diz respeito a este estudo — da igualdade material, a forma de organização de poder do Estado precisa garantir o acesso ao Judiciário sob uma ótica de direito de

status negativo e, principalmente, positivo.

Não basta o Estado limitar a sua atuação na previsão de direitos subjetivos.

É premente que também **garanta direitos fundamentais**.

A Defensoria Pública, no trato legal de carreira de Estado, consubstancia-se mesmo nesse fim diretivo de ação positiva do poder público para o acesso ao Judiciário.

O Olapoc, na apresentação do presente estudo, na trilha da *democracia da proximidade* entre os países que integram a América Latina, pretende contribuir para a leitura de um necessário constitucionalismo regional.

Acesse o *site* do **IBCCRIM** e participe desse foro de debate. ●

Observatório Latino-Americano de Política Criminal - Olapoc
Coordenadoria de Redes Internac. do IBCCRIM

Olapoc

A LIMINAR DO STF SOBRE ABORTO EM CASOS DE ANENCEFALIA: ONDE ESTAMOS E PARA ONDE DEVERÍAMOS IR?

Thomaz Rafael Gollop

Thomaz Rafael Gollop

A LIMINAR DO STF SOBRE ABORTO EM CASOS DE ANENCEFALIA: ONDE ESTAMOS E PARA ONDE DEVERÍAMOS IR?

Ao solicitarmos o primeiro alvará judicial para interromper uma gravidez, gestadora de feto anencéfalo em São Paulo em 1993, tínhamos clareza em relação aos nossos objetivos. Até então poucos casos semelhantes haviam transitado em julgado no Brasil. Havia um alvará concedido em Ariquemes, Rondônia em 1989. Outro fora concedido pelo juiz dr. **Miguel Kfoury Neto**, católico convicto, em Londrina, Paraná em 1992, este último com grande repercussão na mídia da época. Hávamos sido alertados no sentido de que apresentar uma solicitação dessa natureza em São Paulo era mais complexo e, na hipótese de vir a ser a mesma negada, poderíamos estar comprometendo futuras concessões, tanto em São Paulo quanto em outros Estados da União. Foi alvissareiro obtermos então o primeiro alvará deferido pelo juiz corregedor do Dipo, SP, dr. **Geraldo Pinheiro Franco**. De sua sentença aprendemos muito. Também católico, afirmava o juiz que, embora suas convicções pessoais fossem contrárias ao abortamento, sentia-se ele na obrigação de entender a angústia do casal que postulava a interrupção da gravidez e, assim decidindo, faria o direito operar na direção dos mais legítimos interesses dos requerentes. Neste sentido parece-nos que há ainda hoje uma grande dificuldade, em amplos setores de nossa sociedade, no que diz respeito à separação entre direito individual, cidadania, moral, ética e religião. Cada um tem o direito de ter suas próprias crenças e estas devem ser respeitadas. Em tese vivemos em uma sociedade com separação entre Estado e Igreja. Como veremos mais adiante, essa separação nem sempre é clara e muitas vezes não se faz, na prática, respeitada.

Voltemos aos objetivos de 1993. O diagnóstico das anomalias fetais naquela época já era uma realidade no Brasil. Anomalias cromossômicas, defeitos anatômicos e mesmo várias afecções genéticas, detectadas em nível molecular, podiam ser diagnosticadas com larga margem de segurança no nosso país. Era nossa preocupação que os casais que, sempre em gestações altamente desejadas, viessem a ter o infortúnio de receber o diagnóstico de uma anomalia fetal grave e incurável, pudessem optar livremente e sem constrangimentos por manter ou eventualmente interromper essas gestações. Por outro lado, tínhamos a preocupação de reverter de legalidade o diagnóstico intra-uterino de anomalias genéticas. Nossa visão era que nada adiantava termos a mais moderna medicina ao alcance de nossos pacientes para depois, feito um diagnóstico desfavorável, lançarmos a paciente ao encontro de um abortamento inseguro realizado clandestinamente. Associar os avanços da ciência com mudanças na lei parecia-nos imperioso.

Importante mencionarmos que todos os países desenvolvidos do mundo, exceção de

Malta e Irlanda, tiveram suas legislações adaptadas às modernas técnicas de diagnóstico intra-uterino ainda na década de 70. A Argentina já incorporou o fornecimento de alvarás judiciais em anomalias fetais incompatíveis com a vida, e o Uruguai está passando em 2004 por revisão de seu Código Penal. Por outro lado, é reconhecido que nosso Código Penal, datado de 1940, está anacrônico. A mudança de códigos no Brasil é um processo extremamente lento. Pensávamos serem os alvarás judiciais uma fórmula intermediária que poderia amenizar as angústias de pacientes e médicos durante determinado tempo. Talvez escape à compreensão de muitos que a concessão de um alvará tem múltiplos desdobramentos. Em primeiro lugar a paciente grávida deixa de ter o sentimento de estar cometendo um crime. Além disto, poderá ela usar os recursos de hospitais tanto públicos quanto privados, utilizar atendimento médico adequado e ainda, para aquelas pacientes que o possuem, utilizar seguro de saúde. Somados, esses elementos tem alcance social inestimável.

Subestimando, temos hoje mais de 3.000 alvarás concedidos nos mais diversos Estados do Brasil. A subestimativa justifica-se, pois nem todas as instâncias judiciais estão informatizadas e não dispomos de meios para auferir os dados com grande precisão. Poucos são os casos de alvarás não deferidos em primeira instância, alguns dos quais acabaram sendo deferidos, após recurso, em segunda instância.

A partir de 1998 um promotor de Brasília, dr. **Diaulas Ribeiro**, iniciou trabalho com pacientes provenientes de hospitais da rede pública, com diagnósticos de patologias fetais incompatíveis com a vida extra-uterina. Tratando-se sempre de patologias gravíssimas, são essas pacientes atendidas em 24 horas dentro das quais os laudos médicos, acompanhados de exames específicos, são analisados por uma equipe multidisciplinar. Quando o desejo da paciente é interromper a gravidez, concede-se um alvará para “antecipação do parto”. Em Brasília há a vantagem de uma análise rápida do caso, evitando-se o sofrimento da paciente e de sua família com a demora da emissão do alvará judicial que, em alguns Estados, pode levar até três semanas.

Trataremos agora de uma outra questão. A liminar concedida em julho de 2004 pelo ministro **Marco Aurélio de Mello** do Supremo Tribunal Federal limita-se a determinado caso, de anencefalia, pois esta era a patologia que comprometia a gestação na ação proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde e que foi julgada pelo STF. Entretanto há outras patologias graves que os juízes em primeira instância contemplam com alvarás judiciais para interrupção da gravidez. Apenas para ficarmos em alguns exemplos podemos citar fetos portadores de agene-

sia renal bilateral, holoprosencefalia em fetos ciclopes e aberrações cromossômicas graves com malformações cardíacas e cerebrais múltiplas. Limitarmos, portanto, a questão da autorização de interrupção da gravidez aos casos de anencefalia será inadequado, pois outros diagnósticos igualmente graves e sem perspectivas de sobrevivência dos recém-nascidos estariam injustamente excluídos.

Sempre haverá aqueles que discordam da permissão para a interrupção da gravidez em patologias fetais incompatíveis com a vida. Têm eles todo o direito de fazê-lo. Sabemos que esta questão não é consensual. Os discordantes muitas vezes falam na possibilidade de erro diagnóstico. Devemos assinalar que diagnósticos de grandes malformações fetais são feitos com larga margem de precisão, tornando a possibilidade de incorreção remotíssima. Estamos aqui considerando que a falibilidade é humana em todas as áreas de atuação. Não temos notícia, nos 2.000 alvarás que pudemos analisar, de algum erro diagnóstico. Além disso e por cuidado, os laudos diagnósticos são sempre avaliados e assinados por mais de um médico.

Referimos-nos agora a conceito importante relacionado à qualidade de vida. O projeto humano de ter filhos é afetivo e de responsabilidade. Ao planejarmos um filho desejamos que ele tenha qualidade de vida e não apenas vida. Nas patologias graves e incuráveis do feto, algumas delas acima citadas, não há perspectiva alguma de qualidade de vida, nem mesmo qualquer forma de tratamento médico. É absolutamente lícito que a gestante com sua família possa ter autonomia de decidir se quer manter ou não a gravidez, diante de uma patologia de tal ordem de gravidade. Neste ponto nos deparamos com o papel das Igrejas e da CNBB. As questões do abortamento, assim como do uso de preservativos ou anticoncepcionais artificiais, para ficarmos apenas em alguns exemplos, representam questões dogmáticas para a Igreja Católica. Os fiéis que desejarem seguir os ditames da Igreja obviamente poderão fazê-lo. Por outro lado, não será democrático que a Igreja Católica ou qualquer outra Igreja decida o que deverá ser feito, nas questões de saúde reprodutiva, por toda a população brasileira. Muito interessante é o pensamento de **Wilson da Costa Bueno**, professor da ECA/USP. Para ele, ciência e religião têm formas muito distintas de leitura do mundo. A religião é parte integrante e fundamental de qualquer cultura. Sua influência, entretanto, deve ficar restrita aos limites que a própria sociedade impõe. Se a opinião pública brasileira é majoritariamente favorável ao livre arbítrio na questão da interrupção de gestações com fetos portadores de anomalias incompatíveis com a vida, não será o Estado, nem a Igreja que poderão decidir o contrário. A ciência e a reli-

gião só poderão conviver em harmonia se os limites de sua atuação estiverem claramente definidos. Convenhamos não ser esta uma tarefa fácil, mas a solução, novamente, estará do lado da razão e não da fé.

Sabemos também que muitos brasileiros, que referem pertencer à fé católica, não seguem todos os seus dogmas. Nos últimos anos, países extremamente católicos como a Espanha e Portugal, tiveram reformuladas as leis relativas ao abortamento, incluindo-se a possibilidade de abortamento em casos de anomalias fetais graves. Tais adaptações jurídicas não causaram nesses países ruptura entre Igreja, Estado e Sociedade. O *lobby* da Igreja no Brasil ainda conserva uma postura tutelar em questões relacionadas à saúde reprodutiva. Será fundamental que os vários segmentos da sociedade reconheçam que

aqueles que desejam seguir a Igreja Católica e outras Igrejas, nas quais não se aceita a interrupção de gravidez em nenhuma hipótese, poderão fazê-lo. Obviamente, uma vez modificada a legislação em relação ao abortamento, ninguém será obrigado a interromper uma gravidez sem desejá-lo. Deverá ser assegurado entretanto o direito de outros segmentos da nossa população pensarem e agirem diferentemente nessa penosa questão.

Embora lentamente, devemos reconhecer que diminuiu o descompasso entre os avanços da ciência e a lei, nos últimos anos. Incorporamos no Brasil as modernas técnicas de diagnóstico genético no pré-natal nos anos 70 e iniciamos a obtenção de alvarás judiciais para interrupção de gravidez, de maneira mais sistemática, há onze anos. Evidentemente a decisão caso a caso, além de morosa e desgastante para cada paciente, sobrecarrega o Judiciário. Podemos afirmar que nestes últimos onze anos firmamos jurisprudência nessa questão. Pensamos ter chegado a hora de contemplar a sociedade brasileira com um instrumento jurídico moderno que permita às pacientes tomar livremente a decisão de manter ou interromper tais gestações, dentro dos mais elevados princípios de ética. Este instrumento poderá nos chegar às mãos através de uma decisão dos onze membros do Supremo Tribunal Federal, ou mesmo através de uma necessária reformulação do Código Penal. ◉

Thomaz Rafael Gollop

Livre docente em Genética Médica pela Universidade de São Paulo e diretor do Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana de São Paulo

Thomaz Rafael Gollop

BRINCANDO COM A SOBERANIA ALHEIA

Mohamad Ale Hasan Mahmoud

1. Introdução

Recentemente, debateu-se nos meios de comunicação de massa sobre o navio da ONG holandesa *Women on Waves*. Tal organização ganhou notoriedade por dois motivos:

- enaltecer e patrocinar a liberdade feminina;
- pesquisar brechas nos ordenamentos jurídicos mundo afora⁽¹⁾.

O referido navio possui a infra-estrutura de uma grande clínica, destinando-se à realização de abortos. A embarcação presta-se a rumar aos países em que a interrupção da gravidez é vedada; as gestantes, ansiosas por abortar, embarcam e recebem palestras sobre controle de natalidade. Uma vez em alto-mar, são realizadas as manobras abortivas. A ONG atua:

“Fornecendo serviços de aborto fora das águas territoriais, as mulheres e os fornecedores do aborto não podem ser processados quando voltarem ao porto porque a aplicação das legislações penais nacionais e, logo, da legislação sobre o aborto só se aplicam em águas territoriais. Fora desse raio de 12 milhas é a legislação holandesa que se aplica a bordo de um navio holandês, e o aborto é completamente legal na Holanda. Assim, é possível navegar até águas internacionais, levar a cabo abortos e voltar, tudo no mesmo dia”⁽²⁾.

Comparando-se com o Direito Tributário, em que se realiza verdadeira engenharia fiscal para pagar-se menos tributo, pode-se pedir emprestada a nomenclatura e dizer-se que a ONG objetiva uma espécie de *elisão penal*.

Como se verá, pensadores de diversas correntes doutrinárias entendem não haver, nas circunstâncias, qualquer tipo de incidência da lei penal do país de origem da gestante.

Contudo, serão apresentados argumentos de natureza dogmática que porão em xeque o posicionamento dos que defendem a abso-

luta ausência de intromissão do Direito Penal brasileiro na hipótese.

2. Aborto e intransigência

Já tivemos oportunidade de defender o princípio bioético da autonomia diante da hipótese de gravidez em que o feto padece de anencefalia⁽³⁾. Os fundamentos naquele contexto não foram construídos tão-só sobre alcances bioéticos. Os pilares dogmáticos foram lançados na seara da culpabilidade, cimentados na exigibilidade de conduta diversa. Ademais, foi fincada fundação para possível atipicidade da conduta pela ausência de violação do bem jurídico. Assim, além das hipóteses legais⁽⁴⁾, também se defende a possibilidade jurídica da interrupção da gravidez quando da inviabilidade do feto. Ou seja, não se tem uma posição fechada, religiosamente orientada, contra o aborto⁽⁵⁾. Contudo, mesmo respeitando a nobreza dos ideais da ONG, é manifesto que nas mencionadas visitas verifica-se um acinte à soberania dos países destinatários.

3. A entrada em nosso território

Quando uma gestante viaja, já *cogitando* realizar aborto em outro Estado em que a prática é permitida, não há como responsabilizá-la, por força do art. 7º, § 2º, *b*, do Código Penal. No entanto, hipótese bem distinta é o ingresso no nosso território de uma internacionalmente reconhecida clínica de aborto fluante. Ainda que somente alcance a costa algumas pequenas embarcações destacadas para pegar as gestantes, transportando-as para a clínica-náutica posicionada em alto-mar, mesmo assim constitui-se uma afronta à ordem jurídica brasileira.

Por mais que aqui não se venha a anunciar meios abortivos, o mero ingresso em território brasileiro tacitamente já representa o alarde do seu propósito, dando azo à configura-

ção anímica de quem que resolva aderir à finalidade de extinção de fetos⁽⁶⁾. Isso se evidencia pelo próprio *site* da ONG que, institucionalmente, garante a segurança nos abortos que oferece.

Mutatis mutandis, excluindo-se momentaneamente os ideais nobres que movem a ONG, poder-se-ia cotejar com a seguinte hipótese: um navio holandês aporta no Brasil e convida a população para palestras sobre os benefícios da legalização do uso da maconha; chegando em alto mar, é servida maconha à vontade, para quem quiser experimentar ou se esbaldar. O exemplo não alcança a gravidade do aborto, mas presta-se à visualização de como a ordem jurídica é desafiada⁽⁷⁾.

4. Ato de execução no delito de aborto consentido

O artigo 124 do Código Penal tipifica: (I) o aborto provocado pela gestante; (II) o praticado com seu consentimento. A primeira modalidade é manifestamente crime material, dependendo a consumação, portanto, da morte do feto. Em termos político-criminais não se tem admitido a tentativa. Contudo, no plano da Dogmática, é plenamente possível o *conatus*. Esta a posição firmada por Hungria: “O *relevo dos múltiplos interesses com a incriminação do aborto (entre os quais o da própria saúde da gestante) não pode ser superado por critérios de oportunidade. Deixar impune a tentativa de aborto equivale a tolerar um ato que, além de imoral, cria uma possibilidade de dano a indeclináveis interesses sociais*”⁽⁸⁾.

Com relação à segunda modalidade prevista no art. 124, a atuação do terceiro configura crime material que é destacada tipicamente, apenas no art. 126. Mas a conduta da gestante agora não depende de resultado material: “consentir”. Consentimento que, emitido por agente capaz, pode ser expresso ou tácito. ➡

Mohamad Ale Hasan Mahmoud

➔ Considere-se a hipótese: a gestante combinou com o terceiro a prática do aborto, encontrando-se já na sala em que os meios seriam implementados, quando adentra a polícia e impede a atuação do terceiro. Nesta situação, toda a contribuição da gestante para a lesão ao bem jurídico já estava esgotada. Costuma-se afirmar que o consentimento deve perdurar durante todo o procedimento abortivo. Todavia, tal afirmação não se presta a infirmar a conduta da gestante; ela é utilizada tão-só para classificar tipicamente a ação do terceiro, se relativa ao art. 125 (sem consentimento), ou ao art. 126 (com consentimento). Uma vez fornecido o consentimento da gestante para o emprego do meio X, caso o terceiro resolva empregar o meio Y, deixa de existir o consentimento tão-só com relação ao terceiro, mas o consentimento inicial já cristalizou o efeito jurídico de expor a risco o bem jurídico. Pode-se mesmo considerar que a segunda conduta do art. 124 configura um crime de perigo, pois, com o consentimento, o bem jurídico não é violado, mas tão-só exposto a risco. O perigo aqui, de acordo com a redação típica, seria abstrato, pois não se requer a aferição circunstancial da exposição a risco que, segundo o legislador, seria presumida⁽⁹⁾.

Assim, quando a gestante manifesta seu propósito⁽¹⁰⁾ e o terceiro adere volitivamente, aperfeiçoada está a conduta típica. Da mesma forma, pode-se pensar no exemplo: no Brasil, uma gestante telefona para um médico na Holanda, combinando todos os detalhes do aborto que lá será realizado na semana seguinte; ela realiza ato de execução do crime do art. 124⁽¹¹⁾. Caso se concretize o consentimento aqui no Brasil, por meio verbal, ou mesmo tacitamente, com o depósito do preço cobrado para o aborto avençado, o bem jurídico já foi colocado sob risco. Diferente é a hipótese da gestante que somente no Exterior manifesta o consentimento, mesmo que este já tivesse sido maturado ideativamente no Brasil.

É importante lembrar o entendimento doutrinário acerca do início de execução delitiva. Segundo **Paulo José da Costa Júnior**: “*Finda a preparação, o sujeito-agente dá início à execução, praticando os atos necessários ao aperfeiçoamento do crime. Nesse ponto o direito penal passa a interessar-se pela conduta delitosa, pois o Código exige, para a configuração da tentativa, que seja ‘iniciada a execução’. A razão é uma só: com o início da execução, o bem tutelado pela norma passa a correr perigo*”⁽¹²⁾.

Visualize o fato: uma fila de gestantes embarca em um navio pertencente à ONG *Women on Waves*, que zarpa e, após algum tempo, retorna com as passageiras agora com os ventres esvaziados. Houve violação em massa do bem jurídico vida. Tal se repete mundo afora⁽¹³⁾. É claro que se coagula um enunciado *id quod plerumque accidit*. A máxima da experiência nos leva a crer *ex ante* que as gestantes que ingressam nesse barco, zarpando rumo ao alto-mar, tácita e claramente consentem que terceiros interrompam a gravidez — mesmo que não se afirme expressa e sacramentalmen-

te o motivo da jornada de doze milhas.

Assim, tanto pelo prisma *ex ante* quanto pelo *ex post*, a conduta da gestante evidentemente coagula o risco ao bem jurídico, desafiando a lei penal. Mesmo que se adira ao moderno posicionamento da imputação objetiva, não há como excluir a imputação. Como ensina **Antonio Luís Chaves Camargo**: “*A imputação objetiva tem um vínculo específico com a ação humana, uma vez que há a necessidade da criação de um risco juridicamente desvalorado e este deve ser encontrado no resultado. Há na ação humana uma finalidade consciente e objetiva que é a possibilidade de direção e domínio da vontade com relação ao risco juridicamente relevante para o Direito Penal*”⁽¹⁴⁾. Está nas mãos da gestante aderir, ou não, aos serviços oferecidos pela ONG.

Nem se diga que é indispensável o advento do resultado para que seja punível o fato. Basta para afastar tal raciocínio o breve cotejo do art. 124 com o art. 122. No crime de “*induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio*”, a punibilidade é condicionada à efetiva lesão à pessoa (morte ou lesão corporal grave); ressalva inexistente no art. 124.

Mas, mesmo se feita a concessão, admitindo-se que a consumação dependa da morte do feto, é mais do que evidente que, com o consentimento já há ato de execução, autorizando a intervenção punitiva estatal, ao menos conformada a título de tentativa.

Em relação ao pessoal da ONG que entra em território nacional e conduz as gestantes à clínica náutica, também é possível pensar em responsabilidade penal. Com sua conduta, expõe a risco a integridade física de fetos, daí enxergar-se os contornos de tipicidade no art. 132 do Código Penal. Pode-se já antecipar as críticas relativas à elementar palavra *outrem*, se aplicável ou não a feto. O Capítulo em que inserto o art. 132 trata da Periclitância da Vida e da Saúde, e obviamente que o feto, ser humano em potência, merece a tutela do ordenamento jurídico, que o protege originariamente no Capítulo dos Crimes contra a Vida. Aqui a apreciação do risco deve ser mais minuciosa, já que o tipo requer a exposição a “perigo direto e imediato”.

Por fim, deixa-se de enfrentar a espinhosa tarefa de discutir a natureza jurídica da condição do art. 7º, § 2º, b, se condição objetiva de punibilidade (**Alimenta**), condição de procedibilidade, ou condição de vigência da lei penal (**David Teixeira de Azevedo**), pois se comunga com aqueles que entendem que “*tais condições afrontam o princípio da culpabilidade e, demais disso, não passam algumas de autênticos elementos do tipo e outras de pressupostos processuais*”⁽¹⁵⁾.

5. Conclusão

À luz dos critérios dogmáticos de início de execução delitiva e considerando sistematicamente os comandos normativos penais, é de veras plausível se entender que a gestante, adentrando no navio da mencionada ONG e partindo para alto mar, fornece consentimento apto a preencher a conduta típica do

art. 124 do Código Penal, delito de perigo abstrato, segundo nossa posição. Autorizada, pois, a intervenção policial e a atuação em flagrante delito.

A ONG, em vez de desafiar a ordem jurídica alheia, submetendo seus representantes à prática espelhada no art. 132 do Código Penal, poderia colaborar com os movimentos nacionais que protestam licitamente pela reforma da lei que nada mais é do que expressão da soberania popular, conforme o art. 1º, inciso I e parágrafo único, da Constituição Federal. ◻

Notas

- (1) A ONG *Women on Waves* é uma “organização não-governamental holandesa fundada em 1999 com atuação na defesa dos direitos humanos das mulheres, com ênfase nos direitos reprodutivos e direito ao aborto legal e seguro. Fornece atendimento para mulheres que desejam fazer o aborto de modo seguro e legal em seu navio *Women on Waves*, em águas não territoriais de países onde o procedimento é considerado ilegal”, cf. o site da Faculdade de Saúde Pública da USP, disponível na internet: www.bibcir.fsp.usp.br. De acordo com a própria ONG: “*a Mulheres nas Ondas desenvolve uma unidade ginecológica móvel o ‘A-Portátil’*. Pode ser facilmente montada num navio, o que permite que viaje para onde quer que seja necessária no mundo. A ‘A-Portátil’ também pode viajar de camião (sic), o que permite que vá a países em que os serviços de saúde reprodutiva são legais, mas largamente indisponíveis, por exemplo devido a guerras. Com o navio, a Mulheres nas Ondas pode fornecer contraceptivos, informação, formação, workshops e abortos seguros e legais fora das águas territoriais de países onde o aborto é ilegal”, de acordo com o site oficial da ONG, disponível na internet: www.womenonwaves.org.
- (2) Conforme o site oficial da ONG, disponível na internet: www.womenonwaves.org.
- (3) “Ampliação das liberdades públicas?”, **Boletim do IBCCRIM**, nº 137, abril de 2004, pp. 11-12.
- (4) Para uma visão completa sobre o tema: **Ivette Senise Ferreira**, *Aborto Legal*, São Paulo: USP, 1982.
- (5) Neste passo, aplaude-se o Supremo Tribunal Federal que indeferiu o pedido da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) de ingresso na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 54) ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). “A CNTS quer que o Supremo Tribunal Federal (STF) fixe entendimento de que antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico (ausência de cérebro) não é aborto. A entidade espera que o STF permita que as gestantes em tal situação tenham o direito de interromper a gravidez sem a necessidade de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.” Conforme o informativo de notícias do STF, de 24.06.2004, disponível na internet: www.stf.gov.br.
- (6) Como já adiantado, não é nem um pouco pacífica a ingerência penal na hipótese. Apresentam-se dois exemplos, cada qual ligado a uma corrente doutrinária, os quais discordam da tipificação das condutas: o professor doutor da USP, **David Teixeira de Azevedo**, adepto do Finalismo, e o mestre pela USP, **Pierpaolo Bottini**, ligado ao pensamento funcio-

- nalista moderado. O primeiro acredita que não se pode falar em crime, pois as condições previstas no art. 7º do Código Penal vinculam a incidência da lei penal brasileira e, como o crime do art. 124 seria condicionado ao do art. 126, o fato nas circunstâncias ser-nos-ia um indiferente penal. Já o autor funcionalista acredita que não haveria a configuração de um risco juridicamente relevante, sob a ótica *ex ante*. Ambos argumentos serão atacados no decorrer do trabalho.
- (7) No exemplo, a empreitada somente alcançaria viabilidade se houvesse duas unidades náuticas; uma que viria à costa buscar os interessados e outra que remanescesse em alto-mar, armazenando a droga, sob pena de se incorrer em algum dos vários núcleos do art. 12 da Lei nº 6.368/76. A comparação fruto do exemplo não é plena, pois, sob a ótica do passageiro brasileiro, não há ato de execução em território nacional. Mas a força do exemplo vincula-se à demonstração de como se zomba da soberania nacional por meio do expediente em análise.
- (8) *Comentários ao Código Penal*, Rio: Forense, 1955, p. 298.
- (9) Deixa-se claro que não se aplaude, muito pelo contrário, repudia-se a utilização de tipos penais abertos, como o crime de perigo abstrato. O que se constata é a opção do legislador, à luz da redação típica.

MULHER DE CÉSAR

Humberto Togashi Takara

O Ministério Público do Estado de São Paulo produziu, em conjunto com uma agência de publicidade, uma série de três vídeos institucionais, cada um com trinta segundos, com as quais procura defender a idéia de que deve atuar na investigação criminal. Sob o slogan: “*com o Ministério Público não tem mistério*”, os vídeos já foram exibidos, em gesto bastante altruísta, gratuitamente, pela *Rede Globo de Televisão*. A campanha vai além e promete contar com a cooperação de uma estrela global. Conforme afirmações do promotor **Roberto Livianu**, publicadas na *Revista Consultor Jurídico* de 6 de julho, há, ainda, acordos de exibição gratuitas com grandes cadeias de cinema de São Paulo.

Tal fato é bastante preocupante, sobretudo, se verificarmos que se trata de uma campanha da própria instituição (Ministério Público), ou seja, está longe de ser uma simples campanha de associações ou entidades defensoras das prerrogativas dos promotores e procuradores. A situação se complica ainda mais, ao verificarmos que está sendo veiculada **gratuitamente** por uma grande rede de comunicação.

Não há como negar que a pior situação possível ocorre quando órgãos fundamentais à Justiça se deixam cair na armadilha de se comprometer com veículos de comunicação. Enfim, o presente caso produziu uma mácula difícil de ser apagada: o comprometimento

- (10) Obviamente que aqui o consentimento não é mero desejo, mas uma manifestação de vontade consciente, teleologicamente guiada, em outras palavras, um agir doloso.
- (11) Pode-se falar, na hipótese, por força do art. 6º do Código Penal, que o crime foi praticado no Brasil, punindo-se a conduta da gestante. O médico holandês, entretanto, não pode ser punido, por faltar a condição do art. 7º, § 2º, *b*, do Código Penal.
- (12) *Curso de Direito Penal*, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 74. **Luiz Régis Prado** lembra as cinco teorias acerca dos limites entre atos de preparação e de execução. São elas: a) Teoria objetivo-formal, de **Beling**, na qual é imperioso que o agente realize uma parcela da conduta típica; b) Teoria objetivo-material, de **Frank**, quando a conduta for intimamente ligada à descrita no tipo; c) Teoria da univocidade, de **Carrara**, os atos executórios são unívocos, ou seja, não há dúvida de que caminham para o resultado; e, e) Teoria subjetiva limitada, de **Mas Ernest Mayer** e **Vaninini**, tem-se ato de execução quando se expõe de forma concreta o bem jurídico a risco. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, São Paulo: RT, 2002, p. 374.
- (13) Já foram realizadas visitas pelo menos à Irlanda e à Polônia, de acordo com o site da ONG, disponível na internet: www.womenonwaves.org.
- (14) *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*,

São Paulo: Cultural Paulista, 2001, p. 70. Segundo **Luiz Régis Prado**: “*A imputação é chamada de objetiva porque essa possibilidade de previsão não é aferida com base na capacidade e conhecimento do autor concreto, mas de acordo com um critério geral e objetivo, o do ‘homem inteligente-prudente’.*” Neste contexto, ainda conforme esse autor: “*A imputação como um juízo sobre o fato não é, consequentemente, um juízo causal, mas teleológico. O conceito de finalidade não deve ser interpretado de um ponto de vista subjetivo, mas sim objetivo — não se imputa só o que era querido e conhecido pelo agente, mas também o que era conhecido e, portanto, passível de ser abarcado pela vontade. Em síntese: o fato é a realização da vontade; e a imputação, o juízo que relaciona o fato com a vontade.*” *Op. cit.*, p. 268.

- (15) **Luiz Régis Prado**, *op. cit.* p. 620. O autor refere-se a **Paul Bockelmann** e **Günther Bemmman**, na Alemanha; a **Quintano Ripollés**, na Espanha; a **Eusebio Gómez** e **Fontán Balestra**, na Argentina; a **Novoa Montreal**, no Chile; e, a **Francisco de Assis Toledo** e a **Zaffaroni** e **Pierangeli**, no Brasil.

Mohamad Ale Hasan Mahmoud

Mestre e doutorando em Direito Penal pela USP, professor de Direito Penal e de Direito Processual Penal da Uninove/SP e advogado

Mohamad Ale Hasan Mahmoud

Aurélia e sua irmã Júlia terem dito toda a verdade aos mesmos juízes. Perguntaram-lhe, então, por que havia repudiado a mulher. Ele respondeu: ‘Porque os meus devem estar isentos não só do crime, mas, também, da suspeita’” (**Suetônio**, *A Vida dos Doze Césares*, São Paulo: Edipro, 2002, p. 73).

Enfim, como a mulher de César, não basta apenas ser honesta, deve parecer honesta. O fato do Ministério Público do Estado de São Paulo estar realizando acordos com redes de cinema e de televisão faz com que os casos futuros, nos quais eventualmente tais redes devam figurar no pólo passivo de alguma ação pública, estejam eivados da suspeita de leniência.

O presente debate deixou de ser jurídico e se tornou político. Tal fato tem como corolário o comprometimento cada vez maior da percepção de isenção deste tão importante órgão com que conta a democracia brasileira, na medida em que faz alianças tão perigosas. Melhor seria se a campanha fosse paga com o dinheiro dos próprios procuradores e promotores, uma vez que o debate diz respeito à defesa de suas prerrogativas. O interesse público pede isso. ●

Humberto Togashi Takara

Delegado de Polícia Federal e pós-graduando em Teoria Psicanalítica pelo Cogea/PUC-SP

Humberto Togashi Takara

POSIÇÃO DO MMFD SOBRE A IMPOSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO DIRETA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ANTE A NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL

MMFD - Movimento da Magistratura Fluminense pela Democracia

POSIÇÃO DO MMFD SOBRE A IMPOSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO DIRETA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO...

O MMFD, Movimento da Magistratura Fluminense pela Democracia, coerente com os princípios que nortearam sua criação, resumidos na radicalização democrática e na verticalidade constitucional, e ciente de que os debates, quanto à possibilidade ou não da investigação criminal direta pelo Ministério Público, se reacenderam, também ante a iminência da retomada do julgamento da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, vem manifestar seu posicionamento.

Perigosamente, numa visão estreita e maniqueísta, ressurgiu o mito de que o Ministério Público é sempre bom para investigar e que a Polícia Judiciária é ineficiente, se não corrupta.

A discussão do tema não pode, em detrimento da normatividade constitucional, desviar-se para razões de mera conveniência ou de pseudo-atendimento aos anseios da população, alguns válidos, outros dirigidamente potencializados.

O MMFD, depois de examinar os argumentos, sem desviar-se da obediência aos princípios constitucionais, fonte e parâmetro de toda interpretação legal, entende que se ajustam mais às normas constitucionais e infraconstitucionais aqueles que concluem pela impossibilidade de o Ministério Público lançar-se à faina de realizar ou dirigir, ele próprio, a investigação criminal.

Assim, ao Ministério Público cabe o monopólio da ação penal pública, mas sua atribuição não passa do poder de **requer** diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar. Somente quando se cuidar de inquéritos civis é que a função do Ministério Público abrange também sua instauração e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes, aqui incluídas as diligências investigatórias.

Da análise combinada dos arts. 127 e segs. e 144, § 4º, da Constituição Federal com o art. 26 da Lei nº 8.625/93, tem-se a convicção de que o Ministério Público está avançando além dos limites que a Constituição e a lei lhe impuseram, quando pretende investigar, ele próprio, fatos criminais. O art. 127 da CF cuida do Ministério Público, sendo que do artigo 129 em nenhum de seus incisos e parágrafos, consta a função de investigação policial ou de Polícia Judiciária, que é exclusiva da Polícia Civil, como se vê do art. 144, § 4º.

Vê-se que as funções do Ministério Público, em termos de diligências investigatórias ou de inquérito policial, devem limitar-se à sua **requisição**, não podendo ele passar da condição de acompanhante. A função de Polícia Judiciária não condiz com a titularidade

da ação penal pública que o Ministério Público bem e ciosamente resguarda.

As diligências investigatórias, destinadas ao inquérito policial, refogem ao âmbito de atuação interna do Ministério Público, exatamente porque devem ficar afetas a quem tenha a titularidade de instaurar esse tipo de procedimento, isto é, à Polícia Civil.

É necessário que as funções fiquem bem delimitadas e cada Poder, cada órgão ou membro de Poder, com suas atribuições e competências bem definidas, sob pena de se descumprir a regra, também constitucional, do devido processo legal. Quando se define, estabelecem-se limites. Não deve haver funções ou atribuições superpostas. Estão em jogo princípios constitucionais.

Nunca é demais afirmar que *“aos princípios cabe, além de mera ação imediata, quando diretamente aplicáveis a determinada relação jurídica, uma outra, de natureza mediata, que é a de funcionar como critério de interpretação e integração do texto constitucional”*, na lembrança de **Luís Roberto Barroso**, em *Interpretação e Aplicação da Constituição*, Saraiva, 1996, p. 142). E, ainda, que *“a topografia reservada pelo constituinte aos direitos fundamentais, sua enunciação casuística e a cláusula aberta a permitir inclusão nesse elenco de quaisquer outros significa serem eles hoje, no Brasil, verdadeiros critérios morais para qualquer detentor de poder”* (**Renato Nalini**, em *Ética Geral e Profissional*, RT, 1997, p. 64). São eles, pois, *“a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica”*, ainda na lição de **Luís Roberto Barroso** (*op. cit.*, p. 142).

Dentro de uma visão ética e de respeito aos direitos fundamentais do homem, é que se concebe falar em devido processo legal.

A exigência ética do devido processo legal completa-se com a indispensabilidade do contraditório, esteio da ampla defesa, inconciliável com toda e qualquer prova ilícita.

Daí afigurar-se impensável a obtenção secreta da prova e fora de qualquer controle, ferindo-se a garantia constitucional do direito à prova, com todos os seus desdobramentos.

Não é, pois, sem propósito que a Constituição Federal é categórica em afirmar que *“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”* (art. 5º, LVI). *“Ao prescrever a sua inadmissibilidade processual, a Constituição considera a prova materialmente ilícita também processualmente ilegítima, estabelecendo, assim, a ponte entre a ilicitude material e a sanção processual da inadmissibilidade”*, como lembra, com muita felicidade, **Luiz Francisco Torquato Avólio** (*Provas Ilícitas*, RT, 1999, p. 86).

Não se mostra, pois, razoável permitir que o Ministério Público, ao qual o legislador constituinte não atribuiu o poder de investigação criminal, possa realizá-la, quando tal função é deferida expressamente à Polícia Judiciária.

Em matéria de interpretação da lei, ainda deve predominar o princípio de que aquilo que não foi expressamente contemplado foi deliberadamente excluído, até mesmo como visão para o futuro, no resguardo do direito do mais fraco.

Neste caso, deverá prevalecer a interpretação conforme a Constituição, instituidora que é de nova ordem jurídica, a exigir *“uma visão prospectiva do direito, criativa, democrática e interdisciplinar”*, como ressalta **Rubens R.R. Casara**, juiz e também fundador do MMFD (*“Interpretação Retrospectiva, Constituição e Processo Penal”*, in: *Revista da EMERJ*, vol. 6, nº 22, pp. 192/222).

Bastante sintomático, emblemático mesmo, o voto do ministro **Nelson Jobim**, no julgamento do RHC nº 81.326-DF, pelo qual se verifica que o Poder Constituinte rejeitou e o Poder Legislativo vem reiteradamente rejeitando propostas de inclusão de poderes investigatórios criminais nas funções institucionais do Ministério Público.

Inegável, pois, que, atualmente, no campo constitucional ou das leis infraconstitucionais, a investigação criminal pelo Ministério Público, no mínimo, soa não edificante, pois o desvio parte de quem deveria velar pelo fiel cumprimento de toda e qualquer lei.

O MMFD — Movimento da Magistratura Fluminense pela Democracia —, até mesmo por sua verticalidade de princípios, jamais poderia esquivar-se ao debate, mas o quer numa visão aberta, criativa e interdisciplinar, ciente o povo.

Enquanto não se estabelece discussão democraticamente legítima, o MMFD proclama o seu dever de pugnar por interpretações conforme a Constituição vigente, inclusive o de opor suas reservas quanto à constitucionalidade de atos normativos internos, no âmbito do Ministério Público ou de qualquer braço do Poder Estatal, que se arvorem em substitutos de Poder Constituinte e tenham por escopo, velado ou não, mascarar violações a princípios constitucionais, notadamente o do devido processo legal.

Rio de Janeiro, julho de 2004

MMFD - Movimento da Magistratura Fluminense pela Democracia
Geraldo Prado e Rubens Casara
juízes coordenadores

MMFD - Movimento da Magistratura Fluminense pela Democracia

INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS: ATO EXCLUSIVO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL OU DE POLÍCIA JUDICIÁRIA

Leonei Maruí Moura de Almeida

Leonei Maruí Moura de Almeida

O aumento expressivo do número de terminais telefônicos, especialmente os móveis⁽¹⁾, tem levado, cada vez mais, à utilização do meio para o planejamento ou perpetração de crimes, a ponto de, do interior de presídios, criminosos darem continuidade a seus “negócios”, comandando verdadeiras corporações do crime, mesmo segregados e sob custódia do Estado.

Nesse contexto, surgiu a Lei nº 9.296/96⁽²⁾, alcançando importante ferramenta para investigação criminal e instrução processual penal. Inestimável é, pois, o valor dessa modalidade de coleta de provas para o sucesso da persecução penal.

Entretanto, os abusos na utilização e a falta de obediência aos procedimentos legais previstos têm sido fonte de críticas, levando a debates sobre alterações na atual legislação, para que se estabeleçam critérios mais rígidos na concessão do pedido⁽³⁾ e previsão de punição severa na divulgação do conteúdo de interceptação realizada ilegalmente⁽⁴⁾.

Para a análise do procedimento previsto para a coleta de provas através de interceptação telefônica deve-se buscar seu conceito, requisitos para a concessão, natureza jurídica, autoridades competentes para sua requisição e para sua realização, e os reflexos na esfera processual penal.

Primeiramente, para distinguir das demais provas similares como a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos⁽⁵⁾ e a gravação de diálogo feita por um dos interlocutores, cabe definir a interceptação telefônica como a “*captação feita por um terceiro de uma comunicação telefônica alheia, sem o conhecimento dos comunicadores*”⁽⁶⁾.

Processualmente, caracteriza-se como “*uma apreensão imprópria, sendo uma operação técnica, através da qual se permite a apreensão, não mais de uma carta ou de um documento, mas sim dos elementos fonéticos que constituem a conversa telefônica*”⁽⁷⁾ ou, ainda, a “*atividade de colher, recolher, já referida na lei processual penal: ‘colher todas as provas, que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias’; e ‘colher qualquer elemento de convicção’ (arts. 6º, nº III e 240, § 1º, letra b, do Código de Processo Penal)*”⁽⁸⁾.

A interceptação telefônica acrescenta-se, portanto, através de legislação especial, ao rol das provas previstas no Título VII do CPP⁽⁹⁾, o qual aplica-se subsidiariamente, pelo que a condução dos procedimentos e a formalização da prova de interceptação telefônica, incluindo todas as diligências neces-

sárias à coleta da prova, como a requisição de serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público, o monitoramento e a gravação das conversações e, finalmente, as transcrições, devem obedecer fielmente ao procedimento previsto na Lei nº 9.296/96, sob pena de ser maculado o princípio do devido processo legal.

Quanto aos requisitos para a concessão, o **procedimento é admitido excepcionalmente** quando cumulativamente, como preceitua o art. 2º, houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal, não puder a prova ser feita por outros meios disponíveis e constituir o fato investigado infração penal punida com pena de reclusão.

Referentemente aos legitimados para provocar a realização, semelhante às demais provas previstas no CPP, previu o art. 3º que “*a interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento: I - da autoridade policial, na investigação criminal; II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal*”.

Note-se que o *caput* facultou ao juiz a interceptação de ofício, da mesma forma como prevê o artigo 156 do CPP, obedecendo ao princípio da verdade real. Desse modo, fica subentendido que a diligência de ofício deve ser realizada a fim de dirimir dúvida sobre ponto relevante, no curso da instrução ou antes de proferir a sentença. Relativamente às demais autoridades para as quais é facultado o requerimento, não resta dúvida quanto à legitimidade, nos mesmos moldes de como ocorre com as demais diligências para coleta de provas.

Entretanto, a falta de previsão legal facultando à defesa o pedido de interceptação telefônica é objeto de censura, pois os princípios da igualdade das partes e da ampla defesa estariam prejudicados. Como foi dito, “*a lei regulamentadora deveria ter previsto a possibilidade de também a defesa requerer a interceptação telefônica de terceiros que tenham relação com o processo, como a vítima e as testemunhas de acusação, caso existam indícios de que tenham faltado com a verdade ou omitido dados relevantes para a apuração da verdade material, objetivo maior do processo penal*”⁽¹⁰⁾.

Em razão das características, “*a ordem judicial de interceptação e procedimento incidental decorrente guardam natureza cautelar. Trata-se de capturar, ou captar, a palavra falada, conservando-a, para servir à persecução penal*”⁽¹¹⁾.

Por sua vocação inquisitória é utilizada, de regra, para fins de investigação criminal e, diferentemente das demais provas, não admite o contraditório concomitante à coleta, justamente pelo fato de o sigilo ser absolutamente necessário ao sucesso da diligência, pois obviamente, caso os interlocutores soubessem de sua realização, nada mencionariam além do que estivessem dispostos a falar perante a autoridade.

O contraditório, portanto, é retardado, sendo garantido somente após a coleta da prova, em juízo, quando a defesa poderá contestar eventual fato apurado, aspecto que é exclusivo da interceptação telefônica, pois, diferente daquelas diligências em que o sigilo prévio eventualmente é necessário ao sucesso da operação, nenhum óbice há para que a defesa requeira a diligência, a acompanhe ou formule quesitos, como ocorre no exame do corpo de delito (artigo 176, CPP) e na busca e apreensão (artigo 242 e 245, § 4º, do CPP).

Por isso é que, a fim de equilibrar as partes, mesmo sendo facultado ao Ministério Público o requerimento de interceptação telefônica, **a lei não lhe deu poderes para promover a diligência diretamente**, sendo clara a previsão do artigo 6º de que **a diligência será conduzida pela autoridade policial: “Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização”**.

Como se depreende dos artigos 1º e 6º, o **procedimento de interceptação telefônica, trata-se de diligência policial para prova em investigação criminal e em instrução processual penal e por isso deve ser conduzido somente por autoridade policial no exercício de atividade de investigação criminal ou de Polícia Judiciária**, sob pena de a prova ser eivada de vício irreparável, em face da inobservância do princípio do devido processo legal.

Aliás, a lei guarda correspondência com o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à ilegitimidade do Ministério Público para realizar diretamente investigações e diligências em procedimento administrativo investigatório. Veja-se, a exemplo, as decisões no RHC nº 34.827/AL: “*O Código de Processo Penal não autoriza a deslocação de competência, ou seja, a substituição da autoridade policial pela judiciária e membro do Ministério Público, na investigação de crime*” e RHC nº 81.326/DF: “*A Constituição Federal dotou o Ministério Pú-*

► *blico do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII). A norma constitucional não contemplou a possibilidade do Parquet realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. Precedentes”.*

O procedimento aplica-se, portanto, tanto quando ocorrer no curso de inquérito policial, como em qualquer outro expediente investigatório criminal ou de instrução processual penal, **mesmo que a ação penal não tenha sido iniciada com base em inquérito policial**. Ou seja, a inexistência de inquérito policial não desobriga a obediência do procedimento previsto na Lei nº 9.296/96.

Ainda nesse aspecto, lembremos que a autoridade policial “competente” para conduzir os procedimentos de interceptação telefônica é aquela com circunscrição sobre o local onde os fatos ocorreram, em obediência ao artigo 5º do CPP.

Seria desnecessário explicar — não fossem os desvios de atribuições que vêm sendo patrocinados pelas secretarias de segurança pública nos seus órgãos subordinados (entregando a policiais militares atribuições de investigação criminal e/ou Polícia Judiciária), ou ainda pelo próprio Ministério Público (ao que parece, em alguns casos, tem realizado as diligências diretamente) — que o termo autoridade policial significa dizer autoridade policial no exercício de poderes de investigação criminal ou de Polícia Judiciária, ou seja, delegado de Polícia (Civil ou Federal), nos casos de apuração de crimes não militares, e oficial da polícia militar, nos casos de crimes militares.

É mister, portanto, esclarecer as funções de investigação criminal e de Polícia Judiciária, previstas na Constituição Federal em seu artigo 144, §§ 1º, incisos I e IV (Polícia Federal), e 4º, *in fine* (Polícias Civis). Enquanto a função de investigação criminal refere-se às diligências relacionadas com a apuração da *notitia criminis* e está basicamente definida no artigo 6º do CPP, a função de Polícia Judiciária “consiste no cumprimento dos preceitos presentes nos arts. 13 do CPP e 69 da Lei nº 9.099/95, traduzidos em: fornecer às autoridades judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos; realizar diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público; cumprir os mandados de prisão expedidos pelas autoridades judiciárias; e elaborar termos circunstanciados”⁽¹²⁾.

O procedimento de coleta de prova através de interceptação telefônica que inclui a condução pela autoridade policial

“competente” é, pois, garantia constitucional do investigado ou acusado. A condução por autoridade diversa, ou que não venha a obedecer rigidamente o procedimento previsto na Lei nº 9.296/96 irá torná-la fatalmente inaproveitável em razão de ferir o princípio do devido processo legal e da inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícitos, infectando ainda qualquer outro elemento que tenha sido colhido pelo desencadeamento de outras diligências, em razão da teoria dos frutos da árvore envenenada.

Recordando, antes do advento da Lei nº 9.296/96 o STF não admitia escuta telefônica, pois o preceito constitucional não era auto-aplicável⁽¹³⁾, considerando, na época, ilícitas as provas obtidas por interceptação telefônica, mesmo que com ordem judicial. Ora, tão ilícitas quanto as provas obtidas por interceptação telefônica antes da existência da lei que veio disciplinar o art. 5º, inciso XII, são aquelas obtidas sem a estrita obediência ao procedimento previsto na Lei nº 9.296/96.

Por isso, “*impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política* (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), *mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação* (RTJ 155/508)”⁽¹⁴⁾.

“*Ressalte-se que o constituinte, ao não admitir provas ilícitas no processo, referiu-se a este de forma lato sensu, incluindo-se aí, portanto, o inquérito, apesar do sistema processual brasileiro ser acusatório, adotando como prova, stricto sensu, aquela produzida em juízo*”⁽¹⁵⁾.

O legislador, ao estabelecer as regras para a interceptação das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal e instrução processual penal disciplinou o sistema de garantias para o direito constitucional à intimidade, protegido inclusive por cláusula pétrea, sendo, portanto, o núcleo do regramento processual. Sua tutela representa uma insuperável limitação constitucional ao poder persecutório do Estado.

Portanto, nesse contexto é que deve ser considerada a importância da rígida obediência ao procedimento da Lei nº 9.296/96, pois, devendo as funções de investigação, acusação e julgamento no sistema acusatório estar afetas a autoridades diversas, somente a autoridade policial no exercício de função de investigação criminal ou de Polícia Judiciária é competente para os procedimentos de interceptação de comunicações telefônicas, a

fim de minimizar os prejuízos à restrição do direito à intimidade. ◉

Notas

- (1) Dados disponibilizados pela Anatel dão conta de que em 1994 existiam 755.224 estações móveis em operação no Brasil, sendo que esse número, em 2002, saltou para 33.188.209, ou seja, um aumento de mais de 4.000% (disponíveis em: www.sistemas.anatel.gov.br/srem_smc/srem_smc_consulta/geral/anatelevolucao.asp. Acesso em: 15 maio 2004.)
- (2) Brasil, Lei nº 9.296/96, de 24 de julho de 1996, publicada no *Diário Oficial da União* de 25 de julho de 1996.
- (3) PL nº 5.332/2001 da Câmara de Deputados. Autoria do deputado **Miro Teixeira**, PDT/RJ. Disponível em www.camara.gov.br. Acesso em: 15 maio 2004.
- (4) PL nº 4.825/2001 da Câmara dos Deputados. Autoria do deputado **José Jenene**, PPB/PR. Disponível em www.camara.gov.br. Acesso em: 15 maio 2004.
- (5) Brasil, Lei nº 10.217/01, de 11 de abril de 2001, publicada no *Diário Oficial da União* de 12 de abril de 2001.
- (6) **GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul.** *Interceptação Telefônica*. São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 95.
- (7) **GRINOVER, Ada Pellegrini.** *Liberdades Públicas e Processo Penal*. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 1992, p. 225.
- (8) **PITOMBO, Sérgio.** “Sigilo nas comunicações. Aspecto processual penal”. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, nº 49, dez./1996. Disponível em www.ibccrim.org.br. Acesso em: 15 maio 2004.
- (9) Brasil, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, publicado no *Diário Oficial da União* de 13 de outubro de 1941.
- (10) **DELMANTO JR., Roberto; DELMANTO, Roberto apud STRECK, Lênio Luiz.** *As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: A Lei 9.296/96 e seus Aspectos Penais e Processuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 63.
- (11) **PITOMBO**, 1996, *op. cit.*
- (12) **LIMA, Arnaldo Siqueira.** “Vícios do Inquérito Maculam a Ação Penal”. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 7, nº 82, p. 10, set./1999.
- (13) STF, HC nº 73.351/SP, Plenário, rel. min. **Ilmar Galvão**, j. 09.05.96, DJU 19.03.1999, nº 53.
- (14) STF, RE nº 251.445/GO, Plenário, rel. min. **Celso de Mello**, j. 21.06.2000, DJU 03.08.2000, nº 149.
- (15) **LIMA**, 1999, *op. cit.*

Leonei Maruí Moura de Almeida

Delegado de Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul, bacharel pela Faculdade de Direito de Santo Ângelo (RS) e diretor da Divisão de Sistemas e Equipamentos do Departamento Estadual de Informática Policial

ESTATUTO DO DESARMAMENTO – UMA QUESTÃO DE COMPETÊNCIA

Marcelo Lessa Bastos e Rubens R.R. Casara

I - Introdução

A lei em comento dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, definindo figuras típicas e estabelecendo tratamento processual diferenciado àqueles a que forem imputadas (indiciados e acusados) as condutas criminalizadas em seus artigos.

Trata-se, ao lado do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto do Idoso, de mais uma legislação especial que confirma a inserção do Brasil no movimento pan-penalista, sintoma de inflação legislativa, que propaga respostas na esfera penal aos graves problemas sociais enfrentados em nosso país de modernidade tardia.

Com o Estatuto do Desarmamento (ED) segue-se a diretriz estabelecida no 9º Congresso da ONU, em 1995, na cidade do Cairo, que indica a necessidade de intensificar o controle das armas de fogo⁽¹⁾. Todavia, a opção brasileira foi transformar em matéria penal uma questão que poderia ser resolvida tão-somente na esfera administrativa.

Em regra, as diversas normas que emanam do chamado “Estatuto do Desarmamento” estão inseridas em uma linha de política criminal que vislumbra, na difusão de armas clandestinas e na falta de habilitação daqueles que fazem uso dessas armas, causas da explosão da violência. Em apertada síntese, poder-se-ia afirmar que a Lei nº 10.826/03 pretende ser um fator de manutenção da paz pública. Em verdadeiro exercício de futurologia, o legislador brasileiro se antecipa aos crimes (homicídio, roubo, etc.) que viriam a ser praticados com as armas mencionadas na nova lei, e impõe uma resposta penal antes mesmo da lesão ao bem jurídico, em outras palavras, pune os prováveis agentes desses futuros desvios sociais.

Todavia, embora o discurso declarado, ou seja, os motivos expostos para a elaboração e a aplicação dessa legislação especial indiquem que o ED se propõe ao combate da violência, paradoxalmente a própria legislação aumenta a violência (institucional) insita ao sistema penal, com a criminalização⁽²⁾ de novas condutas, o aumento de penas e o tratamento processual diferenciado (e, por vezes, desproporcional) às pessoas a que forem imputados os crimes nela previstos. Como alerta **Vera Andrade**, afirmar “*que o Direito Penal é simbólico não significa afirmar que ele não produz efeitos e que não cumpre funções reais, mas que as funções latentes predominam sobre as declaradas, não obstante a confirmação simbólica (e não empírica) destas*”⁽³⁾.

Mais uma vez, dá-se uma resposta simbólica aos anseios da população — em grande parte construídos pelos meios de comuni-

cação de massa — por repressão e combate à criminalidade. A nova legislação aparece, portanto, embebida pela ideologia da defesa social, o que importa na assunção de uma visão maniqueísta da complexidade social. Mais uma vez, a construção da criminalidade encontrou campo fértil na legislação brasileira e, cada vez mais, substitui a ausência de políticas públicas de inserção social.

Todavia, neste trabalho, buscar-se-á tão-somente enfrentar a questão da competência para o julgamento dos crimes previstos no parágrafo único do artigo 16 da Lei nº 10.826/2003.

O Estatuto trouxe para a União a tarefa de registrar e controlar as armas de fogo no Brasil e, com isto, acendeu a discussão quanto à competência para o processo e julgamento dos crimes nele definidos. Seriam, do-
rante, crimes contra interesses ou serviços da União, de modo a atrair a competência da Justiça Federal, na forma do art. 109, IV, da Constituição Federal?

Diante das várias impropriedades da nova legislação, tal matéria tem sido subestimada no debate recentemente inaugurado. Espera-se, com este texto, contribuir para ampliar o campo das discussões.

II - Bem jurídico: a influência sobre a competência

Hoje, poucos são aqueles que insistem em não atribuir importância à apreciação do bem jurídico que justifica (e racionaliza) a existência da norma penal incriminadora. O princípio da necessária lesividade da conduta a um bem jurídico impõe-se em um direito penal democrático.

Outrossim, a importância e compreensão do bem jurídico não se limita ao plano do direito penal material. A identificação do bem jurídico funciona, ainda, na definição da competência para apreciação e julgamento da causa penal, influenciando, decisivamente, na concretização da garantia constitucional do juiz natural.

Com a entrada em vigor do novo estatuto, surgiram vozes ora reconhecendo a competência da Justiça Estadual para os processos nos quais forem imputados os crimes tipificados no ED⁽⁴⁾, ora defendendo a competência da Justiça Federal para tais delitos, em razão do Sinarm ser um serviço da União⁽⁵⁾.

Sugere-se, nesta oportunidade, uma terceira solução à questão da competência para o julgamento dos crimes definidos no ED.

Constata-se, para tanto, que o simples fato de ser a União o ente controlador das armas, por si só, não é o bastante para fixar a competência da Justiça Federal. Ora, é a União, também, quem controla e fiscaliza a comercialização de produtos alimentícios e remédios, através da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e nem por isso se diz que os crimes de adulteração e falsifi-

cação de alimentos e remédios (arts. 272 e 273 do Código Penal) são de competência da Justiça Federal. É a União, através da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), quem controla e fiscaliza a distri-

buição de energia elétrica e, igualmente, nem por isso se diz que os crimes de furto de energia elétrica (art. 155, § 3º, do Código Penal) são de competência da Justiça Federal. É a União quem disciplina as normas do Direito do Trabalho (art. 22, I, da Constituição Federal) e, nem por isto, todos os crimes contra a Organização do Trabalho (arts. 197/207 do Código Penal) são de competência da Justiça Federal.

Em suma, para a definição da competência federal, não basta o simples fato de ser a União o ente regulador da atividade ou serviço.

De igual sorte, como, em princípio, o bem jurídico protegido nos crimes previstos no ED é a incolumidade pública, também em princípio, a competência cai na regra geral e, portanto, é da alçada da Justiça Estadual.

Merece, todavia, destaque o crime previsto no art. 16, parágrafo único, I, do Estatuto (“*suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato*”). Uma pergunta inicial se impõe: qual seria o bem jurídico protegido por esta norma? Seria, como nas demais, a incolumidade pública? Afirmar-se que não, pois, convenhamos, para o cidadão tanto faz se vier a ser alvejado com uma arma com numeração íntegra ou raspada. Ela será lesiva do mesmo jeito! Aqui o objetivo da conduta de suprimir a numeração é iludir o agente fiscalizador, de modo a manter a arma na clandestinidade. Neste ponto, aponta-se como o bem jurídico a ser protegido a fé pública e, para ser exato, a fé pública da União. Assim, no crime em comento a

Marcelo Lessa Bastos e Rubens R.R. Casara

competência é da Justiça Federal, porquanto a conduta prevista nesta norma viola interesse e serviço da União, posto que o único bem jurídico atingido é exatamente a higidez, a eficácia dos cadastros de armas operados pela União.

Situação semelhante se tem no crime previsto no art. 16, parágrafo único, IV (*"portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado"*). Aqui se trata de crime pluriofensivo, cujos bens jurídicos tutelados são tanto a incolumidade pública, atingida pelo porte da arma, quanto, também, a fé pública da União, posto que essa arma está com numeração adulterada, portanto na clandestinidade. Assim, diante dessa cumulação de bens jurídicos violados, sobressai o interesse da União na solução do caso penal, de modo a também atrair a competência da Justiça Federal.

III - Conclusão

Em regra, a competência para o processo e julgamento dos crimes definidos no Estatuto do Desarmamento é da Justiça Estadual; por exceção e ante as razões aqui defendidas, os crimes do art. 16, parágrafo único, I e IV, são de competência da Justiça Federal e, por conseguinte, sendo de atribuição do Ministério Público Federal o oferecimento de denúncia, pouco importando se a comarca onde está o *locus delicti* é ou não sede de Vara Federal, posto que o Estatuto não optou pela delegação prevista no art. 109, §§ 3º e 4º da Constituição Federal. Também, por via de

consequência, a atribuição para os atos de Polícia Judiciária, incluindo a autuação em flagrante, é da Polícia Federal neste caso destacado, por força do art. 144, § 1º, IV, da Constituição Federal. 

Notas

- (1) Cf. **JESUS, Danásio E. de.** *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 17.
- (2) Não se pode esquecer que o fenômeno "crime" não é um dado ontológico, mas uma construção social (e, diga-se, seletiva).
- (3) **ANDRADE, Vera Regina Pereira de.** *A Ilusão da Segurança Jurídica: do Controle da Violência à Violência do controle Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 293.
- (4) Nesse sentido é a posição defendida por **Luiz Flávio Gomes**, manifestada em recente seminário na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
- (5) O festejado desembargador e professor **Eduardo Mayr** foi, salvo engano, o primeiro a desenvolver essa sedutora tese, que tem contado com a adesão da 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Cf. HC nº 890/04, j. em 30 de março de 2004).

Marcelo Lessa Bastos

Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, mestre em Direito pela FDC e professor de Processo Penal da Faculdade de Direito de Campos

Rubens R. R. Casara

Juiz de Direito no Estado do Rio de Janeiro, mestre em Ciências Penais pela UCAM/ICC e professor de Teoria Geral do Processo da Faculdade de Direito de Campos



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
- AMAZONAS
 - **Ana Beatriz Baraúna Lopes**
E-mail: cestadual.am1@ibccrim.org.br
 - **Fabiola 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
 - **Liliane 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
- PARÁIBA
 - **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!

PRIMEIRA JORNADA DA FIPP – FUNDAÇÃO INTERNACIONAL PENAL E PENITENCIÁRIA NA AMÉRICA LATINA – O IMPACTO DAS REDES E ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS MANAUS-AM

Local: Salão de Convenções do Hotel Tropical – Manaus/AM

Datas: 21 a 25 de setembro de 2004

Informações e inscrições:

Secretaria de Justiça e Direitos Humanos do Estado do Amazonas

Av. Epaminondas, 600 – Centro – Manaus/AM

Tels.: (92) 215-2704/215-2705 – Fax: (92) 215-2707

E-mail: sejus@sejus.am.gov.br - www.jornadafipp2004.com.br

8º CONCURSO DE MONOGRAFIAS JURÍDICAS

Nos termos do art. 5º do Edital, a Comissão Julgadora do 8º Concurso IBCCRIM de Monografias Jurídicas realizará reunião pública de proclamação do resultado do referido certame.

Dia: 03/08/04

Horário: 12:00 hs.

Local: Rua XI de Agosto, 52 - 2º andar - Centro - São Paulo - SP

A GARANTIA DA MOTIVAÇÃO E O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA

Marcus Vinicius Reis Bastos

Marcus Vinicius Reis Bastos

A Constituição Federal de 1988 exige que todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário sejam fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 93, IX). Dita garantia constitucional assume significativo relevo, por isso que permite, a um só tempo, o exercício do contraditório e o controle político da regularidade da prestação jurisdicional.

Ao explicitar suas razões de decidir, o magistrado faculta às partes o exercício do contraditório, permitindo possam replicar os fundamentos então apresentados, de sorte a virem tuteladas suas pretensões. É que restaria inócuo o comando do art. 5º, LV, da Lei Maior (*“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”*), caso não se lhes garantisse a ciência dos motivos determinantes do provimento judicial. Como redarguir a uma decisão judicial sem que se saiba quais foram suas razões? Como recorrer de uma sentença, desconhecendo seus fundamentos?

Por outro lado, o controle pela sociedade da exatidão da prestação jurisdicional não prescinde da motivação de todas as decisões judiciais, facultando-se que terceiros estranhos ao processo possam certificar-se da imparcialidade do órgão judiciário. Se é certo que as decisões judiciais encerram juízos de valor, a dedução de seus fundamentos termina por objetivar, ao menos em parte, atividade que, de outra sorte, permaneceria oculta no âmbito do julgador. Desta forma, permite-se a efetivação daquilo que **Ada Pellegrini Grinover** denominou de controle político da jurisdição⁽¹⁾.

No processo penal, o provimento judicial que diz sobre a inicial acusatória — denúncia nos casos de ação penal pública ou queixa nas hipóteses de ação penal de iniciativa privada — possui natureza interlocutória, eis que envolve a verificação da presença das condições da ação, dos pressupostos processuais e dos requisitos próprios daquela manifestação (CPP, arts. 41 e 43).

José Frederico Marques o classifica como *“despacho ordinatório ou de expediente, cuja finalidade precípua é a de mandar que se faça a citação do réu”*⁽²⁾. Reconhece, contudo, que *“... apesar de seu conteúdo precipuamente ordinatório, o recebimento da denúncia contém, implícito, um juízo de admissibilidade. Esse juízo decorre do exame de três espécies de condições ou pressupostos: a) regularidade formal da denúncia; b) viabilidade da relação processual; c) viabilidade do direito de ação”*⁽³⁾.

Ora, como tachar de ordinatório ou de mero expediente provimento judicial que trata da presença (ou não) dos pressupostos processuais e das condições da ação?

Fernando da Costa Tourinho Filho aduz

que o juiz, examinando a denúncia ou queixa, deve acertar sua regularidade formal (CPP, art. 41) e a presença das condições da ação e das condições de procedibilidade (CPP, art. 43). Conclui, a final, que a manifestação judicial recebendo a denúncia constitui *“decisão interlocutória simples”*, ao passo que a rejeição da inicial acusatória se dá por intermédio de uma *“decisão interlocutória mista”*⁽⁴⁾.

Em verdade, há de se exigir do julgador que fundamente a decisão que conclua por dar curso à acusação. Nesse sentido, ao examinar a inicial, deve-se (a) indicar quais os elementos que demonstram a integral satisfação das condições da ação⁽⁵⁾, e (b) apontar, se for o caso, a ausência de um dos pressupostos processuais ou um dos requisitos exigidos pela lei processual penal.

Ora, dentre as condições da ação penal condenatória encontra-se a justa causa, entendida como a demonstração, *prima facie*, de que a acusação não é temerária ou leviana, por isso que lastreada em um mínimo de prova (CPP, arts. 39, § 5º, e 46, § 1º). A denúncia há de estar, por conseguinte, não apenas formalmente apta (isto é, contendo descrição dos fatos e imputação de conduta típica, ilícita e culpável), mas também deverá ostentar relação de pertinência (mínima) com a prova do inquérito (ou peças de informação). É que o exercício da acusação não pode resultar de uma *“profissão de fé”* ou de adivinhação do autor.

Convém observar, todavia, que tal relação de pertinência é afirmada tão-somente com a verificação da existência da prova (ou indício) no inquérito policial (ou peças de informação), vedada sua valoração e cotejo com os demais elementos dos autos. Tanto se dá porque a prova do inquérito (ou das peças de informação) não visa convencer o juiz da pertinência da acusação, mas sim o legitimado ativo (Ministério Público ou autor privado) da subsistência de elementos mínimos que autorizam o ajuizamento da ação penal.

Acresce que, diante da recente inovação legislativa produzida pelo advento dos Juizados Especiais Criminais⁽⁶⁾, constitui questão de significativo relevo a exata qualificação jurídica do fato narrado na inicial acusatória. É que, por um lado, a competência deste novel órgão jurisdicional depende da modalidade de ilícito, cujo processo e julgamento se pretenda realizar; por outro, o ajuizamento da admissibilidade ou não da suspensão condicional do processo igualmente não prescinde de tal definição.

Observa-se, dessarte, que nem mesmo a qualificação jurídica emprestada ao fato pelo acusador deve ser negligenciada pelo magistrado quando do exame da inicial acusatória. Embora a defesa se prenda ao fato irrogado ao réu

pelo autor, de sua qualificação jurídica dependerá a admissão ou não de institutos que excepcionam o dogma da obrigatoriedade da ação penal pública (refiro-me à transação penal⁽⁷⁾ e à suspensão condicional do processo⁽⁸⁾).

Em que pese os argumentos expostos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁽⁹⁾ e a do Superior Tribunal de Justiça⁽¹⁰⁾ afirmam, em uníssono, a desnecessidade da fundamentação do provimento judicial que recebe a denúncia, uma vez que trata-se de despacho de mero expediente. Admite-se, inclusive, o *“recebimento implícito”* da inicial acusatória, chancelando manifestações que se limitaram a designar interrogatório e determinar a citação do denunciado.

Alega-se, em arrimo a essa conclusão, que não se pode exigir do juiz comportamento que, a pretexto de identificar a justa causa, ingresse na valoração das provas coligidas na fase inquisitiva e promova autêntica e ilegal antecipação do julgamento.

Ora, tal como se observou linhas atrás, o juízo direcionado ao acerto das condições da ação penal condenatória, máxime ao da justa causa, cinge-se à existência ou não de indícios mínimos de materialidade e autoria que dêem suporte à narrativa contida na inicial. Sua valoração não está em causa, a uma porque não é este o momento de dizer sobre a culpa, a duas porque provas colhidas na fase inquisitiva não se prestam a fundamentar eventual decisão de mérito.

Por outro lado, e aqui reside a razão maior da necessidade de fundamentação, cuida-se de manifestação judicial de indubitado caráter interlocutório e que, uma vez verificada, impõe ao acusado diversos constrangimentos. Assim é que, além do próprio desconforto de se ver compelido a responder à denúncia, submetendo-se ao rito legalmente previsto para o processo, o réu deve indicar ao juiz da causa qualquer mudança de endereço, sob pena de prosseguir o processo sem sua presença (CPP, art. 367); pode ser tido como portador de maus antecedentes (CP, art. 59), inviabilizando ou dificultando, se for o caso, seu acesso ao livramento condicional (CP, art. 83, I) ou à suspensão da execução da pena privativa de liberdade (CP, art. 77, II), sobre não ter direito a ver proposta a suspensão condicional do processo, caso cometa nova infração que, objetivamente, admita a medida (Lei nº 9.099/95, art. 89, *caput*).

É bem de ver, ainda, que o procedimento ordinário previsto na Lei Processual Penal (arts. 394 e segs.) não contempla o contraditório, senão após o recebimento da inicial acusatória. Uma tal circunstância torna curial a exigência de motivação daquele ato, na medida em que o magistrado, ao apreciar especificamente a presença das condições da ação

penal, evita o início de ações fadadas ao insucesso, obstando seja o denunciado submetido à coação ilegal (CPP, art. 648, I).

A exigência de fundamentação da referida decisão, se não impede o seguimento de ações temerárias, mitiga em muito sua realização, com evidente economia processual. É que, assim agindo, o juízo criminal não desperdiçará seus parcos recursos, evitando, ademais, a oposição de *habeas corpus* com vistas ao trancamento de ação penal que se revela, *prima facie*, indevida.

Convém notar, por derradeiro, que a legislação processual penal, por mais de uma vez, assentou a necessidade de ser fundamentada a decisão que, nos casos então indicados, recebesse a denúncia. Tanto se dá, por exemplo, nas hipóteses de crimes contra a administração pública praticados por funcionários públicos (CPC, art. 516), nas ações penais originárias de competência do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal (Lei nº 8.038, de 28.05.90, art. 6º) e nas ações penais pela prática de crimes falimentares (Decreto-lei nº 7.661, de 21.06.45, art. 109, § 2º, e Súmula 564 do STF).

A exigência de fundamentação do provimento judicial que recebe a inicial acusatória, além de homenagear a norma constitucional de regência, permite o efetivo controle, pelo acusado e por terceiros, da justiça do ato e da legitimidade da medida que encerra. ●

Notas

- (1) **GRINOVER, Ada Pellegrini.** "O conteúdo da garantia do contraditório". In: *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, pp. 17-44.
- (2) **MARQUES, José Frederico.** *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, vol. II, p. 158.
- (3) *Idem, ibidem*, p. 159.
- (4) **TOURINHO FILHO, Fernando da Costa.** *Processo Penal*. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1986, vol. I, pp. 470/478.
- (5) Para um exame detido das condições da ação penal pública, consulte: **JARDIM, Afranio Silva.** *Direito Processual Penal: Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 79-147.
- (6) Lei nº 9.099, de 26.09.95, arts. 60 e segs.
- (7) Lei nº 9.099/95, art. 76.
- (8) Lei nº 9.099/95, art. 89.
- (9) Cf., nesse sentido, o decidido no HC nº 82.242/RS, 2ª Turma, rel. min. **Gilmar Mendes**, unânime, DJU I de 11.10.2002; RHC nº 65.471, rel. min. **Moreira Alves**; HC nº 72.286, rel. min. **Maurício Corrêa**, e HC nº 68.926/MG, 1ª Turma, rel. min. **Celso de Mello**, DJU de 28.08.92.
- (10) Cf., nesse sentido, o decidido no REsp. nº 286.246/SC, 5ª Turma, rel. min. **Félix Fischer**, unânime, DJU I de 24.06.2002; RHC nº 7.714, rel. min. **Vicente Leal**, DJU I de 28.09.98, e REsp. nº 331.029/SC, 6ª Turma, rel. min. **Fernando Gonçalves**, DJU I de 24.02.2003.

Marcus Vinicius Reis Bastos
Juiz federal da 12ª Vara da Seção
Judiciária do Distrito Federal
(especializada em matéria criminal)
e professor de Processo Penal no Centro
Universitário de Brasília (UnICEUB)

Marcus Vinicius Reis Bastos

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

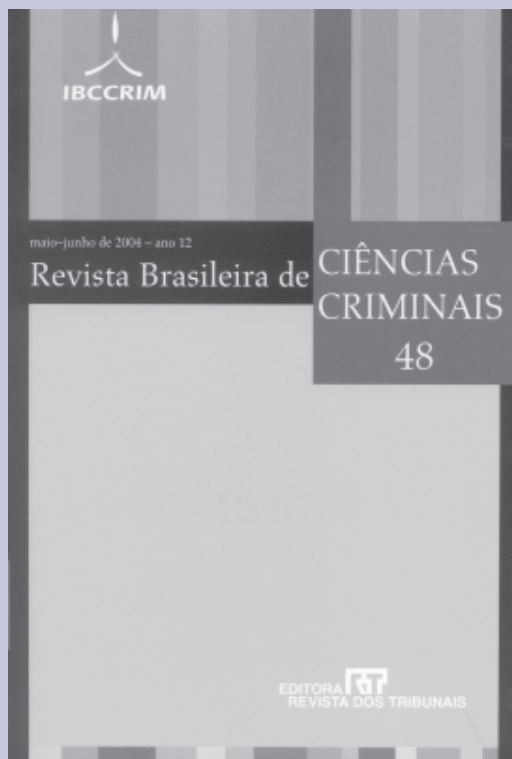
- Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - FESUDEPERJ

— 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



RBCCRIM

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. 002579



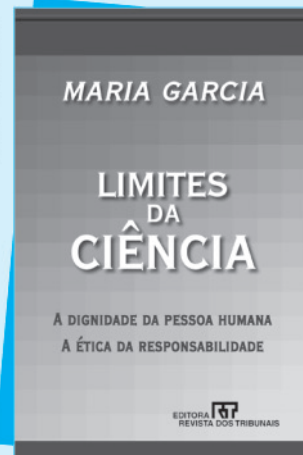
474 páginas • brochura

cód. 002461



274 páginas • capa flexível

cód. 002585

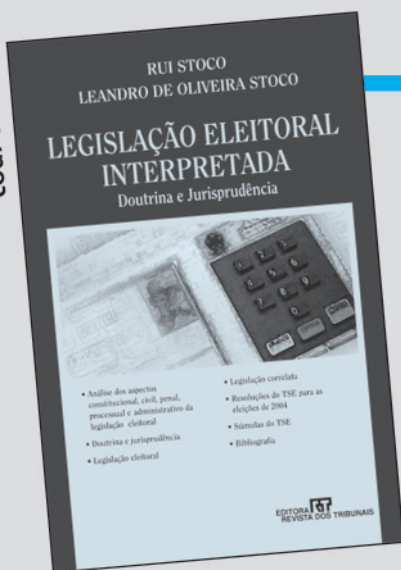


334 páginas • brochura

Especial Eleições 2004

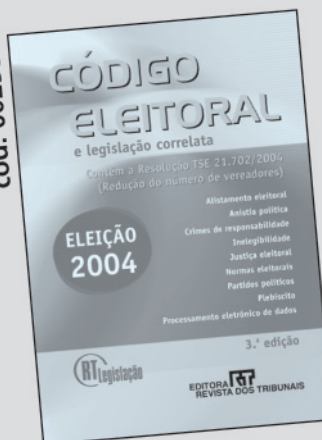
Obras fundamentais para
compreensão do Direito Eleitoral

cód. 002573



1.280 páginas
cartonado

cód. 002587



560 páginas
brochura

**livraria
RT**

www.livrariart.com.br



De 01 de julho a 31 de agosto de 2004

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