

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

EDITORIAL

AS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO

Órgãos parlamentares, dotados, pela Constituição, de poderes investigatórios de extremo relevo para a subsistência e o aprimoramento das instituições democráticas, como mecanismo do permanente e necessário equilíbrio entre os Poderes, as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) têm delirado desse papel constitucional, ao se tornarem palco de promoção eleitoral e mediática de membros do Legislativo, em todas as esferas da Federação.

Mas, ao serem desvirtuadas, transformaram-se em fonte de violações reiteradas aos mais básicos direitos individuais, garantidos pelo mesmo instrumento que as criou a serviço da ordem jurídica: a Constituição da República.

E de nada têm valido os labores do Poder Judiciário, especificamente do Supremo Tribunal Federal, órgão competente para apreciar os remédios jurídico-constitucionais contra atos dos parlamentares e que, há mais de uma década, se tem ocupado do resguardo dos direitos e garantias das pessoas submetidas aos poderes das CPIs.

Não obstante o sentido claro, retilíneo e persistente da jurisprudência da Corte Constitucional a respeito dos limites desses mesmos poderes perante os direitos e garantias individuais, a cada nova CPI inúmeras liminares têm sido concedidas para que tais direitos e garantias sejam observados. E essa rotina é a prova cabal de que os interesses de alguns dos membros das Comissões não se concentram no mister que lhes reservou a Constituição, nem no próprio objeto das investigações, mas, sim, na exploração eleitoral do espetáculo mediático em que elas se convertem.

Assiste-se a uma até cansativa reprodução de liminares tendentes a garantir às pessoas convocadas direitos tão básicos e elementares — como o de permanecer em silêncio e não se auto-incriminar — e, ao mesmo tempo, ao desrespeito ostensivo a essas determinações judiciais pelos parlamentares, que se transformam assim em senhores absolutos da ordem jurídica, acima da Constituição, das leis e dos Poderes constituídos. E tal comportamento inquisitorial agrava-se com o emprego dos mais

pueris subterfúgios para contornar a eficácia das liminares — como o expediente canhestro de “adiamento” de sessão por apenas uma hora, para pretextar que a ordem judicial terá perdido sua força e objeto, e, ainda, de “atendimento” aparente a ordem judicial de preservação do direito à imagem — tudo mediante retransmissão por rede de televisão da própria Casa Legislativa.

Chega-se ao ponto de os parlamentares, enfeixados com as decisões judiciais, que não têm outro propósito senão de proteger direitos individuais consagrados não só na Constituição da República, mas, igualmente, em inúmeros documentos internacionais sobre direitos humanos a que o Brasil aderiu, insultarem os cidadãos que atendem às convocações, com o intuito, não de investigar, mas de os inquietar, provocando reações que sirvam de

motivo formal para ordem de prisão, em mais um novo capítulo do “show mediático”.

Advogados temerosos, cidadãos apavorados, desempenhos teatrais, câmeras de televisão e fotográficas, entrevistas, discursos ofensivos do alto da tribuna, ofensas diretas aos convocados, a seus advogados, a membros do Poder Judiciário, descumprimento patente de ordens judiciais. É

nisso que se vêm transformando as Comissões Parlamentares de Inquérito, as quais, sob o ponto de vista normativo, curiosamente convivem sob o olhar impotente da mesma Constituição que garante a inviolabilidade do direito à imagem, à vida privada, à honra, à intimidade e ao silêncio.

O filme não é novo, nem original. Outros países já assistiram. Mas ali a reação da consciência jurídica nacional contra a degradação da função das Comissões e contra a danosa e intolerável publicidade desses verdadeiros espetáculos de escárnio para com os convocados — que, propositadamente, nunca são convocados em clara posição de testemunhas ou de suspeitos — levou à sua radical proibição, como única maneira de recuperar a verdadeira função institucional e democrática das CPIs e da imunidade parlamentar, as quais não foram criadas para oprimir e desrespeitar os cidadãos. O que é preciso para que estes reajam também aqui? 

Os interesses de alguns dos membros das Comissões não se concentram no mister que lhes reservou a Constituição, nem no próprio objeto das investigações, mas, sim, na exploração eleitoral do espetáculo mediático em que elas se convertem.

IBCCRIM

Índice

EDITORIAL:
AS COMISSÕES
PARLAMENTARES
DE INQUÉRITO

1

ANOTAÇÕES SOBRE O
SEMINÁRIO INTERNACIONAL:
A IMPLEMENTAÇÃO DO ESTATUTO
DE ROMA NO DIREITO INTERNO
E OUTRAS QUESTÕES DE
DIREITO PENAL INTERNACIONAL

Marcos Alexandre Coelho Zilli,
Maria Thereza Rocha de Assis Moura
e Cleunice Valentim Bastos Pitombo

2

EXECUÇÃO PENAL: BENEFÍCIOS
E SOMATÓRIA DAS PENAS NO
CONTEXTO DOS CRIMES
HEDIONDOS E COMUNS

Guilherme de Souza Nucci

4

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL
E TORTURA

Renato Barão Varalda

6

A SÚMULA 696 DO STF E A
PROPOSTA DE SUSPENSÃO
CONDICIONAL DO PROCESSO
CRIMINAL

João José Leal

8

15 RAZÕES PARA O
MINISTÉRIO PÚBLICO
INVESTIGAR INFRAÇÕES PENAIS

Valtan Furtado

10

NOTAS SOBRE O INQUÉRITO
POLICIAL, O JUIZ E
A VERDADE REAL

Luís Fernando C. de Barros Vidal

12

CASUÍSMO POLÍTICO-PENAL
A INCONSTITUCIONALIDADE
DA LEI Nº 10.763/03

Antonio Santoro

13

OS VERDADEIROS LIMITES
DA COISA JULGADA NA
EXECUÇÃO PENAL

Luciano Feldens

14

A VOZ DO POVO

Luiz Guilherme Mendes de Paiva

16

INQUÉRITO POLICIAL:
ATO DISCRICIONÁRIO
OU VINCULADO?

César Peres

18

Caderno de Jurisprudência

O DIREITO POR QUEM O FAZ:
ESTATUTO DO DESARMAMENTO
E PRISÃO PREVENTIVA

Marco Nahum

801

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA:
QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO
E CRIME DE SONEGAÇÃO
FISCAL: UM CASO DE ABUSO
DAS PRESUNÇÕES

Gabriel Bertim de Almeida

802

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

804

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

805

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

806

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

807

TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL

808

ANOTAÇÕES SOBRE O SEMINÁRIO INTERNACIONAL: A IMPLEMENTAÇÃO DO ESTATUTO DE ROMA NO DIREITO INTERNO E OUTRAS QUESTÕES DE DIREITO PENAL INTERNACIONAL

Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria Thereza Rocha de Assis Moura
e Cleunice Valentim Bastos Pitombo

Realizou-se nos dias 19 e 20 de março deste ano, em São Paulo, o Seminário Internacional *A implementação do Estatuto de Roma no direito interno e outras questões de Direito Penal Internacional*, organizado pela Fundação Konrad Adenauer⁽¹⁾ e pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, com apoio da Faculdade de Direito Georg August, situada em Göttingen (Alemanha).

Em verdade, tratou-se de um segundo encontro⁽²⁾ de estudiosos de diferentes países da América Latina⁽³⁾ e Europa⁽⁴⁾, voltado ao exame jurídico-comparativo dos avanços e obstáculos na implementação interna do Estatuto de Roma e à discussão de outras questões relevantes do Direito Penal Internacional.

Como é sabido, a atuação jurisdicional do Tribunal Penal Internacional rege-se pelos princípios da subsidiariedade e complementaridade⁽⁵⁾. Ou seja: a admissibilidade de uma acusação perante aquele órgão fica jungida à demonstração da incapacidade, ou mesmo da ausência de vontade política, do Estado nacional em promover uma persecução independente e eficaz dos responsáveis pela prática de crimes internacionais. Dessa forma, é indispensável que os Estados que ratificaram o Estatuto disciplinem, no âmbito interno, dentre outras as questões relativas à tipicidade dos crimes internacionais, à fixação das sanções aplicáveis, ao estabelecimento de procedimentos processuais e de mecanismos eficazes de cooperação com o Tribunal.

O Seminário propiciou ampla troca de experiências entre os participantes, que relataram as dificuldades até agora enfrentadas em seus respectivos países.

Na América Latina, a maioria dos Estados aderiu ao regime jurídico do Estatuto de Roma⁽⁶⁾, o que denota alto grau de conscientização e aceitação dos princípios norteadores da persecução penal internacional. Todavia, tanto aqui, como alhures, alguns obstáculos, ora jurídicos, ora políticos, são encontrados, os quais, se não impedem, ao menos retardam a sua efetiva implementação.

Para se ter idéia da problemática, discute-se, em El Salvador, acerca da constitucionalidade de várias disposições do Estatuto, dentre as quais a possibilidade de imposição de prisão perpétua; daí por que aquele país, até hoje, não o firmou.

No Chile e México, que assinaram, mas não ratificaram o Estatuto, a discussão acerca da constitucionalidade se faz sob enfoques diversos. Enquanto no primeiro resistências são opostas pelo Congresso Nacional, que vê na restrição do exercício da jurisdição penal uma limitação à sua soberania⁽⁷⁾, no segundo os questionamentos centram-se no reconhecimento da validade de uma jurisdição penal internacional e na possibilidade

de de extradição de cidadãos mexicanos.

No Brasil, que assinou e ratificou o Estatuto⁽⁸⁾, as indagações têm se voltado para eventual inconstitucionalidade das regras que dizem respeito principalmente: i) às exceções ao princípio da coisa julgada⁽⁹⁾; ii) à desconsideração das imunidades e prerrogativas previstas pelo direito interno⁽¹⁰⁾; iii) à imprescritibilidade dos crimes internacionais⁽¹¹⁾; iv) à possibilidade de entrega de nacionais para julgamento perante o Tribunal Penal Internacional⁽¹²⁾; v) à previsão de prisão perpétua⁽¹³⁾; vi) à ausência de fixação de sanções penais para os crimes internacionais⁽¹⁴⁾. Na prática, tais questões têm impedido que o Anteprojeto de Implementação do Estatuto, apresentado por Comissão nomeada pelo Ministério da Justiça, seja encaminhado ao Congresso Nacional⁽¹⁵⁾.

A par das questões relativas à constitucionalidade, a efetiva implementação pelos Estados esbarra, ainda, em ações políticas, destacando-se aqui os sucessivos acordos bilaterais firmados pelos EUA com outros governos, pelos quais é afastada a possibilidade de eventual entrega de cidadãos norte-americanos à jurisdição do Tribunal Penal Internacional⁽¹⁶⁾. Estabelece-se, assim, um vácuo, ou uma zona de exclusão de incidência do Estatuto de Roma, ainda que o Estado nacional tenha se comprometido com os fins da persecução penal internacional.

Além dos sobreditos aspectos, abordou-se no Seminário, igualmente, interessante questão acerca das possíveis dificuldades exegéticas quando da aplicação do Estatuto. Isto porque o documento foi redigido em seis idiomas oficiais⁽¹⁷⁾ cada qual com suas peculiaridades lingüísticas refletindo no significado de determinadas palavras e institutos. A ausência de eleição de uma língua preponderante para a solução de dúvidas interpretativas, e a inexistência de disposição legal de qual o idioma que, no julgamento do caso concreto, deva ser utilizado como referência, poderão gerar celeuma jurídica de difícil solução.

Salientou-se, também, que o Estatuto de Roma resulta, fundamentalmente, da fusão de alguns aspectos dos sistemas jurídicos anglo-saxônico e romano-germânico, fato esse que poderá constituir uma barreira para a aceitação de seu regime jurídico por parte de Estados que adotam outros sistemas não menos representativos, tal como o islâmico.

Ao término do Seminário, deliberou-se manter o grupo e dar sequência aos estudos que deverão voltar-se, no ano de 2004, para a análise dos problemas detectados, e diagnosticar os avanços para a efetiva implementação do Estatuto de Roma na América Latina. Nova reunião do grupo de estudo está programada para o início de 2005, na Cidade do México. ●

Notas

- (1) Fundação alemã de caráter independente que tem como objetivo promover a cooperação internacional em vários temas. Mantém diversos programas, dentre os quais o "Estado de Derecho para Sudamérica", que busca trazer contribuições para o processo de redemocratização dos países sul-americanos e de suas instituições, mediante a implementação de uma ordem jurídica eficiente fundada em princípios do Estado de Direito.
- (2) O primeiro foi realizado em Montevideu nos dias 27 e 28 de fevereiro de 2003, do qual resultou a publicação do livro *Persecución Penal Internacional en América Latina y España*, sob a coordenação de Kai Ambos e Ezequiel Malarino. Pelo IBCCRIM, foi publicada uma versão brasileira do original em espanhol. Para maiores detalhes sobre o encontro, ver: ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. "Breves Notas Acerca do Seminário Internacional Persecução Penal de Crimes Internacionais Sob Uma Perspectiva Comparada". *Boletim IBCCRIM*, nº 125, abr. 2003, p. 9.
- (3) Argentina (Ezequiel Malarino); Bolívia (Elizabeth Santalla); Brasil (Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Gustavo Badaró, do IBCCRIM, e Tarciso Dal Maso Jardim); Chile (José Luis Guzmán); Colômbia (Alejandro Aponte); Costa Rica (Paul Hernández Balmaceda); Equador (Bolívar Vergara Sosa); El Salvador (Jaime Martinez); México (Fernando Coronado Franco); Peru (Dino Carlos Caro Coria); Uruguai (José Luis González) e Venezuela (Juan Luis Modollel).
- (4) Alemanha (Kai Ambos e Christoph Grammer) e Espanha (Alicia Gil Gil).
- (5) Ver, para tanto, o artigo 17 do Estatuto de Roma.
- (6) Não firmaram o Estatuto de Roma El Salvador, Cuba, Nicarágua, Guatemala e Suriname. Já México e Chile o firmaram, mas ainda não o ratificaram.
- (7) Em 12 de agosto de 2003, a Presidência da República encaminhou projeto de reforma constitucional considerada por muitos como essencial para a ratificação do Estatuto.
- (8) O Estatuto de Roma foi assinado pelo Brasil em 7 de fevereiro de 2000 e aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002, promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.
- (9) Art. 20 do Estatuto.
- (10) Art. 27 do Estatuto.
- (11) Art. 29 do Estatuto.
- (12) Art. 58 do Estatuto.
- (13) Art. 77 do Estatuto.
- (14) Arts. 77 a 80 do Estatuto.
- (15) Integraram a Comissão os seguintes membros: Adriana Lorandi, Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, Carlos Frederico de Oliveira Pereira, Ela Wiecko de Castilho, George Rodrigo Bandeira Galindo, Gustavo Henrique Ribeiro de Melo, Gustavo

Henrique Right Badaró, Raquel Elias Ferreira Dodge, Rafael Koerig Gessinger, Silvia Helena Steiner e Tarciso dal Maso Jardim. O Anteprojeto foi encaminhado à Casa Civil da Presidência da República, encontrando ali para parecer desde junho de 2003.

- (16) Há registros de acordos bilaterais com a Bolívia, El Salvador, Colômbia, Nicarágua e República Dominicana. Embora os EUA não tenham aderido ao Estatuto de Roma, seus cidadãos, residentes ou não em um país signatário, poderiam ser entregues, a princípio, à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, caso, obviamente, estivessem envolvidos, de alguma forma, no cometimento de crimes internacionais. É justamente esta perspectiva

que o governo norte-americano pretende coibir com a celebração destes acordos.

- (17) Os idiomas oficiais são: árabe, chinês, espanhol, francês, inglês e russo (Art. 128 do Estatuto).

Marcos Alexandre Coelho Zilli,
Juiz de Direito, mestre e doutorando
em Direito Processual Penal - USP
Maria Thereza Rocha de Assis Moura
Advogada e professora doutora
de Direito Processual Penal - USP
Cleunice Valentim Bastos Pitombo
Advogada, mestre e doutora em
Direito Processual Penal - USP

M.A.C.Z., M.T.R.A.M. e C.V.B.P.

GLOBALIZAÇÃO, SISTEMA PENAL E AMEAÇAS AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

ORGANIZAÇÃO:

IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais/Coordenação-Rio),
MMFD (Movimento da Magistratura Fluminense pela Democracia),
CACO (Centro Acadêmico Cândido de Oliveira da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro).

PROGRAMAÇÃO:

Conferência de Abertura: **16 de junho de 2004**, às 19 horas - Ministro **Eugenio Raúl Zaffaroni** (Corte Suprema de la Nación - Argentina) - Presidente da Mesa: Ministro **Sepúlveda Pentence** (Supremo Tribunal Federal - Brasil)

MESA 1:

17 de junho de 2004, de 8:30 às 10 horas - *"A Funcionalidade do Processo de Criminalização na Gestão dos Desequilíbrios Gerados nas Formações Sociais do Capitalismo Pós-Industrial e Globalizado"*
• **Giancarlo Corsi** (Università degli Studi di Reggio Emilia - Itália)
• **Vera Malaguti Batista** (Instituto Carioca de Criminologia - Brasil)
- Presidente da Mesa: **Técio Lins e Silva** (advogado - Brasil)

MESA 2:

17 de junho de 2004, de 10:30 às 12 horas - *"A Política Proibicionista e o Agigantamento do Sistema Penal nas Formações Sociais do Capitalismo Pós-Industrial e Globalizado"*
• **Marco Perduca** (International Antiprohibitionist League - EUA/Itália)
• **Salo de Carvalho** (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais - Brasil)
- Presidente da Mesa: **Maria Lúcia Karam** (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais/Coordenação Rio - Brasil)

MESA 3:

17 de junho de 2004, de 18:30 às 20 horas - *"O Processo Penal das Formações Sociais do Capitalismo Pós-Industrial e Globalizado e o Retorno à Prevalência da Confissão - Da Subsistência da Tortura aos Novos Meios Invasivos de Busca de Prova e à Pena Negociada"*
• **Alessandro De Giorgi** (Università degli Studi di Bologna - Itália)
• **Geraldo Prado** (Universidade Federal do Rio de Janeiro e Movimento da Magistratura Fluminense pela Democracia - Brasil)
- Presidente da Mesa: **Juliana Neuenschwander Magalhães** (Universidade Federal do Rio de Janeiro - Brasil)

MESA 4:

17 de junho de 2004, de 20:30 às 22 horas - *"A Face Bélica das Formações Sociais do Capitalismo Pós-Industrial e Globalizado: Do Sistema Penal Regular à Eliminação das Garantias dos Direitos Fundamentais - As Sombrias Perspectivas a Partir de Guantánamo"*
• **Álvaro Pires** (University of Ottawa - Canadá/Brasil)
• **Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto** (Universidade de Brasília - Brasil)
- Presidente da Mesa: **Nélio Machado** (Advogado - Brasil)

LOCAL:

Salão Nobre da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ - Rua Moncorvo Filho nº 8 - Centro - Rio de Janeiro.

INFORMAÇÕES E INSCRIÇÕES:

Informações pelos telefones: (21) 9874-7826, 8124-3722 ou 8124-3724 - Inscrições gratuitas, pelo site www.cacofnd.org ou no Largo Caco nº 2 - Centro - Rio de Janeiro.

COORDENAÇÃO ACADÊMICA:

- **Maria Lúcia Karam** (coordenadora do IBCCRIM no Rio de Janeiro)
- **Juliana Neuenschwander Magalhães** (FND-UFRJ)



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:

Celso Eduardo Faria Coracini

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.

EXECUÇÃO PENAL: BENEFÍCIOS E SOMATÓRIA DAS PENAS NO CONTEXTO DOS CRIMES HEDIONDOS E COMUNS

Guilherme de Souza Nucci

Guilherme de Souza Nucci

EXECUÇÃO PENAL: BENEFÍCIOS E SOMATÓRIA DAS PENAS NO CONTEXTO DOS CRIMES HEDIONDOS E COMUNS

A individualização da pena é mandamento constitucional (art. 5º, XLVI, primeira parte) e firma-se em três estágios: legislativo, judicial e executório. O primeiro concerne à atividade do legislador ao elaborar um novo tipo penal incriminador, devendo, pois, decidir qual o mínimo e qual o máximo previstos para a pena. Assim recentemente — ilustrando — ao criar a figura do *assédio sexual* (art. 216-A do Código Penal), elegeu a pena de detenção de 1 a 2 anos. Após, em segunda fase da individualização, surge a concretização da pena, na sentença condenatória, atividade do juiz, que deve, ponderando as circunstâncias judiciais do art. 59, juntamente com agravantes e atenuantes, bem como causas de aumento e diminuição, estabelecer um montante determinado para o réu. Segundo o disposto no art. 59, I a III, o julgador seleciona a pena aplicável (se privativa de liberdade ou multa, se reclusão ou detenção, quando viável a escolha), determina a quantidade dentro dos limites do preceito sancionador do tipo penal (2 anos e 8 meses de reclusão, por exemplo), para, finalmente, optar pelo regime de cumprimento (fechado, semi-aberto ou aberto).

Estabelecida a pena concreta (espécie, quantidade e regime), não havendo possibilidade de substituição por pena restritiva de direitos ou de concessão de *surviva*, começa o sentenciado a cumpri-la no regime carcerário indicado. Passa-se, então, à individualização executória da pena, tão importante quanto o processo de fixação da sanção penal na sentença condenatória. Verifica-se, pois, a flexibilidade da coisa julgada no processo penal, uma vez que a quantidade da pena e o regime inicialmente fixados podem ser alterados durante a execução da pena, conforme o progresso ou retrocesso apresentado pelo condenado.

O Código Penal, especialmente após a Reforma Penal de 1984, estabeleceu um sensato sistema progressivo de cumprimento de pena, mencionando no art. 33 que a pena privativa de liberdade será executada, em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, respeitado também o tempo mínimo de passagem pelo regime anterior. Assim, aquele que tem uma condenação de seis anos de reclusão, iniciando-a no regime fechado, adquire direito de pleitear a progressão (não significa necessariamente conseguiu-la) ao atingir um sexto do cumprimento, isto é, um ano. Se for inserido no regime semi-aberto, após um sexto do restante, poderá requerer a transferência ao regime aberto, onde terminaria o cumprimento da sanção penal.

Apesar de lógico o modo pelo qual se construiu o sistema de execução penal, foi ele alterado pela Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes

Hediondos), que, dentre outras modificações, proibiu a progressão de regime, fixando o fechado integral para o cumprimento da pena, bem como aumentou o prazo para a concessão de livramento condicional para 2/3 do total da pena (caso seja reincidente específico não há direito a livramento condicional). Estamos convencidos de que a referida lei feriu o preceito constitucional relativo à individualização da pena. Não se pode padronizar pena no Brasil e isto foi feito em relação ao regime obrigatório fechado, no tocante aos delitos considerados hediondos e equiparados (tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e tortura — esta última, em face da Lei nº 9.455/97, destacou-se dos demais e admite progressão). Do mesmo modo que não concordamos com o regime fechado integral, como *padrão* para todos os condenados por esses delitos, uma vez que nada há a individualizar na execução e o mérito deixa de ser considerado para avaliar o progresso do sentenciado, também não aceitamos outros modos de padronização, ainda que benéficos ao condenado, como se buscou fazer com a edição da Lei nº 10.792/03, exigindo somente um atestado de boa conduta carcerária para a progressão, dispensando-se outros critérios importantes para a formação do convencimento do juiz. Enfim, os extremos na execução terminam ferindo o princípio da individualização da pena. Mas, não é esse o objeto de análise das linhas que ora redigimos. Pretendemos avaliar, partindo do pressuposto de que há vedação para a progressão nos crimes hediondos, bem como de que o prazo do livramento aumentou, se os benefícios penais estão sendo corretamente aplicados, uma vez que delitos hediondos podem ter suas penas *somadas* às dos delitos comuns.

Devemos desenvolver nossas considerações registrando que, havendo concurso de crimes, adotou o Código Penal o sistema normativo para a aplicação das penas, ou seja, os critérios são estabelecidos expressamente em lei (arts. 69, 70 e 71, CP). Portanto, quando houver mais de uma ação ou omissão provocando dois ou mais crimes, aplicam-se *cumulativamente* as penas, significando que elas devem ser *somadas* (art. 69 do CP c/c art. 66, III, “a”, Lei de Execução Penal). Somente não haverá possibilidade de somatória caso as penas privativas de liberdade sejam de diversas espécies (reclusão e detenção), nesse caso deve ser cumprida em primeiro lugar a de reclusão e, após, a de detenção (art. 69, *caput*, parte final, c/c 76, CP). Por outro lado, se houver uma única ação ou omissão, provocando dois ou mais crimes, aplica-se o concurso formal, valendo dizer que o juiz fixará a pena do delito mais grave (se diversos) ou a pena de um deles (se

idênticos), aumentada de um sexto até a metade (art. 70, CP). Enfim, cuidando-se de várias ações ou omissões, causando dois ou mais crimes da mesma espécie, em condições de tempo, lugar, maneira de execução e outros requisitos semelhantes, pode-se aplicar a regra do crime continuado, ou seja, fixa-se a pena do mais grave delito (quando diversos) ou a de um deles (quando idênticos), com uma exasperação de um sexto a dois terços.

Do quadro exposto, nota-se que as penas de reclusão, resultantes de concurso material, devem ser somadas, fazendo com que haja um montante unitário para pautar a execução e sobre esse total incidem os benefícios e o período mínimo exigido para que eles sejam concedidos. Não importa, pois, se o condenado obteve 10 condenações em 10 Varas diferentes: suas penas serão todas somadas na execução. Desse montante global extrai-se o que for necessário para permitir ou negar benefícios.

Uma questão não examinada pelo legislador — e deveria tê-lo feito — é a somatória de penas privativas de liberdade, quando da mesma espécie (todas de reclusão), embora *resultantes* de delitos com características diferenciadas. Podemos encontrar vários sentenciados cujas penas de reclusão formam um todo resultante de crimes hediondos, dos equiparados a hediondos e de crimes não hediondos, que, para esse fim, chamaremos de comuns. Como calcular os benefícios penais nesse cenário? Façamos duas distinções: para fim de progressão e para fim de livramento condicional.

Há posição, inclusive assumida por parcela da jurisprudência, indicando que a pena do crime hediondo deve ser cumprida em primeiro lugar e, somente finda essa etapa, começaria o condenado a cumprir a pena do crime comum. Logo, para efeito de benefício dar-se-ia o mesmo: quanto à progressão, o condenado não poderia obtê-la enquanto não terminasse toda a soma das penas resultantes dos delitos hediondos e completasse, após isso, o prazo mínimo de um sexto no tocante à soma das penas dos delitos comuns, ainda que, no geral, ele fique preso muito mais tempo do que se as penas fossem consideradas globalmente, sem distinção. Quanto ao livramento, a situação seria semelhante. O condenado deveria cumprir 2/3 da pena do crime hediondo para depois iniciar o cumprimento do período de um terço (caso seja primário) da pena do delito comum.

Não nos parece seja esta a melhor maneira de executar a somatória de penas de crimes hediondos e comuns.

O objetivo da Lei nº 8.072/90 foi vedar a progressão de regime de quem for condenado por delito hediondo, mas autorizando o li-

→ vramento condicional ao atingir 2/3 da pena. E, nessa esteira, podemos afirmar que há autorização legal para que o sentenciado por crime hediondo seja libertado após 2/3 do cumprimento da sanção penal. Assim sendo, por que não se pode levar em conta que o obstáculo para o condenado desvencilhar-se do regime fechado (efetivamente o cárcere) é o período de 2/3? Nessa ótica, se após 2/3 de pena cumprida, ele poderia em tese estar em liberdade, parece-nos viável que ele possa, a partir daí, desde que existam outras penas resultantes de crimes comuns, igualmente progredir de regime.

Avaliemos por um exemplo: alguém é condenado a oito anos de reclusão, resultado de 3 anos por tráfico + 3 anos por tentativa de roubo + 2 anos por furto qualificado. Ao cumprir dois anos da pena de 3 anos, imposta pelo tráfico, libertou-se das amarras do regime fechado. Fosse a única pena e poderia ir para a rua. Não sendo, passa a ter direito de pleitear, por exemplo, progressão para o regime semi-aberto. E pode fazê-lo na medida em que já cumpriu do total de oito anos mais de um sexto. Argumentar-se-ia em sentido contrário: ele não findou a pena do crime equiparado a hediondo, logo, não pode obter progressão. Ora, a interpretação é literal e não sistemática. É restritiva, sem justificção para tanto, devendo ser extensiva, pois beneficia o condenado e, o que é mais adequado, a individualização executória da pena. O obstáculo de pelo menos 2 anos (dos 3 a que foi condenado por tráfico) foi vencido. Há uma somatória de oito anos, ou seja, ele não está cumprindo 3 anos por tráfico + 5 anos por outros crimes e sim 8 anos de reclusão. Esse todo deve ser executado num só contexto. E a forma mais viável para o sentenciado é a que apresentamos. Não fosse assim e teríamos o seguinte: ele cumpre 2 anos (2/3 dos 3 anos pelo tráfico) e, embora já tenha atingido 1/4 do total, continua preso. Ao findar os três anos, poderia pedir a progressão? Para quem defende a visão restritiva, não. Afinal, ele ainda não cumpriu 1/6 da pena pelo crime comum, merecendo então ficar mais 10 meses em regime fechado para pleitear o semi-aberto. Se assim ocorrer terá cumprido praticamente metade da pena total para conseguir algum benefício, o

que contraria o espírito da individualização da pena. Insistimos: se houve somatória da pena (ele não está cumprindo duas sanções diversas mas um só montante de penas de reclusão, que se misturam, se somam), deve haver bom senso para a consideração do tempo em que deve o condenado ficar no regime efetivamente fechado, que é a prisão.

Tomemos o mesmo exemplo para a análise do livramento condicional. Cumpridos 2 anos da pena total de 8 anos, o sentenciado quase atingiu 1/3, faltando somente mais 8 meses. Assim, poderia pleitear o livramento condicional tão logo cumprisse 2 anos e 8 meses, pois não há impedimento legal algum. Completou os 2/3 exigidos como obstáculo para a liberdade em relação à pena resultante de crime hediondo e, do total, cumpriu 1/3, possuindo tempo suficiente para o livramento condicional. Parece-nos um contra-senso pretender que ele cumpra os 3 anos do tráfico integralmente e, em seguida, dos 5 anos restantes (lembramos sempre que a pena foi somada e agora é de 8 anos) tenha que cumprir mais 1/3. Se assim for feito, quando obtiver o benefício, terá cumprido mais da metade da pena no regime fechado, sem razão para tamanho rigorismo.

Ainda que se leve em conta o disposto no art. 76 do Código Penal (a pena mais grave deve ser cumprida em primeiro lugar), estamos diante de uma norma editada *antes* do advento da Lei dos Crimes Hediondos, que idealizava somente a união de reclusão com detenção, cuja soma não é admitida, uma vez que são penas privativas de liberdade de espécies diferentes. Hoje, quando são somadas penas de reclusão (por delitos hediondos e comuns), no fundo, estamos unindo penas idênticas (reclusão), mas executadas as dos hediondos com maior severidade. Logo, atento ao princípio da razoabilidade e atendendo à individualização executória, devemos flexibilizar a vedação da progressão de regime e a exigência de cumprimento integral da pena por crime hediondo antes que se comece a executar a pena por crime comum. (D)

Guilherme de Souza Nucci

Professor doutor de Direito Penal
da PUC-SP e juiz de Direito



BOLETIM IBCCRIM
- ISSN 1676-3661 -

COORDENADOR-CHEFE:
Celso Eduardo Faria Coracini

COORDENADORES ADJUNTOS:
Carlos Alberto Pires Mendes,
Fernanda Emy Matsuda, Fernanda
Velloso Teixeira e Luis Fernando
Silveira Beraldo

**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

III CURSO DE EXTENSÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS - CRIMINOLOGIA CAMPO GRANDE-MS

Realização: IBCCRIM - Coordenadoria do MS e ESA-MS

Tema: *Criminologia*

Palestrante: dr. Alvino Augusto de Sá

Datas e horários: dia 25/06 (sexta-feira), das 19h às 22h30min
dia 26/06 (sábado), das 8h30min às 12h

Informações e Inscrições: tel/fax (67) 342-4000;

e-mail: esams@oab-ms.org.br; site: www.oab-ms.org.br

*“Cada Estado-parte assegurará que suas autoridades competentes procederão imediatamente a uma **investigação imparcial**, sempre que houver motivos razoáveis para crer que um ato de tortura tenha sido cometido em qualquer território sob sua jurisdição.”*

[sem negrito no original]

Artigo 12 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes

Em que pese a existência de normas internacionais e nacionais (constitucionais e infraconstitucionais)⁽¹⁾ resguardando incondicionalmente a integridade física e psíquica dos presos, denota-se, no Brasil, uma realidade muito distante do ideal estatuído nas legislações retromencionadas e, como demonstração do total desrespeito aos valores fundamentais dos presos, há inúmeros relatórios nacionais e internacionais⁽²⁾.

O SOS Tortura, organização não-governamental, ligado à Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério da Justiça, recebeu 2.046 denúncias de torturas, entre novembro de 2002 e julho de 2003. Desse total, 78% teriam sido cometidas por agentes do Estado; *motivo*: 23% para obter confissão, 37% foram praticadas como forma de castigo em casas penais; *local*: 31% ocorreram em delegacias, 19% em casas penais; *agentes*: 33% são policiais militares, 30% policiais civis.

Ressalte-se também que o Governo do Brasil convidou o relator especial (diante de sua solicitação), em novembro de 1998, a fazer um levantamento no País (visita realizada de 20.8.00 a 12.9.00), visando melhor avaliar a situação da prática de tortura, com a conseqüente recomendação final de erradicar o referido crime e outras formas de maus-tratos a presos. O Relatório da ONU foi divulgado oficialmente no dia 11 de abril de 2001, durante a plenária da 57ª Sessão da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, descrevendo 348 notícias de crimes de tortura no Brasil, concluindo que, embora o Brasil tenha uma boa legislação que proíba maus-tratos a presos, não a cumpre na prática. **Nigel Rodley** relata ainda que os presos, vítimas de tortura, são na maioria das vezes pessoas das camadas mais baixas da sociedade e/ou de descendência africana, ou que pertencem a grupos minoritários⁽³⁾.

Por outro lado, é levado a conhecimento do Poder Judiciário e do Ministério Público um número reduzido de *notitia criminis* da prática de tortura. Diante disso, o controle dos fatos criminosos permanece, quase que

inteiramente, sob a discricionariedade da autoridade policial (cuja parcela de poder, sem o necessário controle pelo *Parquet*, possibilita irregularidades e corrupção na função policial), já que o Ministério Público tem se mostrado tímido, na sua atribuição de controle externo da atividade policial, por diversas razões a seguir apontadas.

A propósito, em que pese ter o Ministério Público a titularidade da ação penal e, ainda, servir a investigação criminal unicamente para colher elementos para a formação da *opinio delicti* e interposição da denúncia pelo *Parquet*, o controle externo resta inviabilizado diante das barreiras burocráticas, operacionais e políticas da Polícia, a impedir o referido controle, sobretudo pela ingerência do Executivo na mesma (viabilizando a ocorrência, diante de vínculos político-partidários, de perseguições e falhas intencionais na investigação criminal) e pela resistência ideológica da Polícia, que encontra apoio em alguns posicionamentos do Poder Judiciário, os quais não reconhecem como atribuição do Ministério Público a promoção direta das investigações de infrações penais.

Por outro lado, na investigação criminal, a prova testemunhal é de extrema importância, pois por intermédio dela pode-se alcançar a verdade material. Insta ressaltar que muitos crimes de tortura não deixam vestígio, dificultando a prova da materialidade para a condenação dos responsáveis. Entretanto, o medo das vítimas e testemunhas de se exporem é muito grande, haja vista a previsibilidade de represálias pelos policiais militares e civis que passariam de investigadores a investigados.

A oitiva dos ofendidos e das testemunhas é imprescindível desde que a segurança dos mesmos seja efetivamente preservada. Contudo, a incapacidade do Estado em garantir aos indivíduos o exercício do dever legal de contribuir com a Justiça para o esclarecimento do crime, transformam-nos em agentes vulneráveis, na medida em que trazem ao Ministério Público a *notitia criminis* e negam-na no Poder Judiciário, ou simplesmente não a levam a lugar nenhum (instaura-se a lei do silêncio, diante do trauma de sofrer agressões justamente pelos responsáveis pela preservação da integridade física e mental da população), ou simplesmente mudam de residência, sem comunicação ao *Parquet* e ao Juízo.

Constata-se que nos inquéritos policiais os nomes e endereços das vítimas e testemunhas são incluídos nos termos de declaração, permitindo o acesso aos suspeitos ou indiciados da prática delitiva, ou aos seus

patronos. Isso contribui para a dificuldade da coleta de informações e testemunhos acerca das torturas, diante do receio de represálias, sobretudo pela ausência de uma proteção efetiva por parte do Estado às vítimas e testemunhas deladoras. Ao contrário dos órgãos policiais, o Ministério Público traz segurança às vítimas e testemunhas, as quais desejam relatar crimes praticados por agentes do Estado. É que utiliza por analogia o artigo 20 do Código de Processo Penal, diante do incontestável interesse social de se verem resguardados os dados pessoais dos ofendidos para evitar possíveis retaliações pelos investigados.

Ressalte-se, também, que a impunidade pode revelar-se um processo de escolha discriminatório, já que é possível existir atitudes patrocinadas e dirigidas por interesses escusos no sentido de conduzir a investigação criminal efetuada pela Polícia para o vazio probatório e, conseqüentemente, à impunidade. Os agentes de polícia podem apresentar falsos argumentos para justificar a não localização de testemunhas essenciais à apuração; não procurar outros meios de efetuar o reconhecimento dos agressores (reconhecimento fotográfico, por exemplo), em face do receio do ofendido em comparecer à delegacia para a realização do reconhecimento pessoal, e adotar a chamada “operação tartaruga”, sem cumprimento de diligências, através de idas e vindas do inquérito dos fóruns para as delegacias.

Sobre o “descaso” da autoridade policial em apurar efetivamente o crime de tortura, pode-se citar o inquérito nº 7/2000 da Corregedoria de Polícia Civil do Distrito Federal (autos nº 2000.01.1.015011-5), onde consta, às folhas 66, despacho do Ministério Público nos seguintes termos: “*Observa-se que durante todos esses meses essa digna corregedora-geral de Polícia não conseguiu ouvir nem mesmo as autoridades policiais que estão sob sua subordinação, fato que diminui e ofende a autoridade dessa Corregedoria*”. Às folhas 101, novo despacho do *Parquet*, que remete o inquérito ao Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial (NICCEAP) do Ministério Público do Distrito Federal, “*tendo em vista que a autoridade policial relatou os presentes autos, declarando estarem concluídas as investigações e, tendo em vista, ainda, que há outras diligências a serem efetivadas, conforme despacho da própria autoridade policial*”. Trata-se do caso de F. A.S.B., conduzido à 11ª Delegacia de Polícia do Distrito Federal, no dia 13 de janeiro de 2000, por volta das 23h30min, onde fora submetido a constran-

gimento físico e mental, por parte de policiais civis, com o objetivo de fazê-lo confessar a autoria de um crime contra o patrimônio.

Uma das consequências da delonga na apuração dos fatos pela autoridade policial é a prescrição da pretensão punitiva, isto é, o transcurso do tempo fixado pela lei acarreta a perda do poder de punir do Estado. Desse modo, os inquéritos realizados pela Polícia referentes à apuração de crimes praticados por autoridades policiais podem revelar-se extremamente demorados, diante da possibilidade de resistência da polícia judiciária em investigar o comportamento dos próprios colegas.

Ademais, outra razão da impunidade do crime de tortura está na precariedade dos institutos de criminalística na obtenção da prova, sobrando à Polícia Judiciária “desdobrar-se” para conseguir a confissão. Disso, reduz-se à “confissão” a principal prova.

A vinculação direta dos órgãos responsáveis pela realização da perícia técnica ao Poder Executivo pode dificultar a obtenção das provas, sobretudo quando as práticas delitivas envolverem altas autoridades. Foi constatado pelo relator especial da ONU **Nigel Rodley** que os delegados de Polícia ou os policiais que acompanham uma vítima de tortura ao Instituto Médico Legal (IML) muitas vezes ditam ao médico legista o conteúdo do laudo. Ademais, muitos dos detentos que o referido relator especial entrevistou informaram que, por medo de represálias, quando examinados em um IML, não se queixavam dos maus-tratos a que haviam sido submetidos e, muitas vezes, queixaram-se de ter sido levados ao IML por seus próprios torturadores e de ter sido intimidados e ameaçados durante o traslado. Assim, a vinculação do Instituto de Criminalística, do Instituto de Medicina Legal e do Instituto de Identificação à Secretaria de Segurança Pública (órgão da administração superior, diretamente subordinado ao Poder Executivo) impede o acesso direto e imediato das vítimas aos referidos órgãos no momento subsequente às agressões sofridas, diante da exigência que se faz de que as mesmas sejam encaminhadas pelas autoridades competentes. Realmente a ausência de independência dos Institutos retromencionados permanecerá não inspirando total confiança em suas constatações, isto é, a “imparcialidade” dos laudos continuará com credibilidade duvidosa enquanto os servidores públicos estiverem subordinados ao Poder Executivo e não ao Ministério Público ou ao Judiciário.

A propósito, inúmeras vítimas demons-

traram no NICCEAP receio de colaborar com as investigações, haja vista as ameaças de represálias perpetradas pelos supostos autores, seja imputando a prática de falsos crimes aos ofendidos para desacreditar suas declarações de maus-tratos sofridos (como, por exemplo, “plantando” substâncias entorpecentes nas residências, veículos ou vestimentas das mesmas), seja perpetuando nas ofensas à integridade física e psíquica, à inviolabilidade do domicílio e à liberdade de locomoção.

Por outro lado, os altos índices de violência levaram o Estado a adotar uma política criminal simbólica (com a aprovação de leis repressivas) e a tolerar o desrespeito aos direitos fundamentais do “delinqüente”, excluído socialmente (oriundo das camadas mais pobres da população). A tortura ainda é aceita pacificamente por parte dos servidores públicos como “método de investigação” (para obtenção da confissão) e “forma de castigo”, e pela sociedade como meio implacável de combate à criminalidade.

O NICCEAP, em levantamento realizado em maio de 2001, apurava 276 procedimentos relativos a notícias de maus-tratos (incluindo tortura, abuso de autoridade, lesão corporal e homicídio) perpetrados por servidores da Polícia Civil e Militar do Distrito Federal, em total descompasso quantitativo de investigação com a Corregedoria de Polícia Civil, que apurava apenas três casos de crime de tortura⁽⁴⁾. Por sua vez, em levantamento realizado no Ministério Público do Distrito Federal, referente ao período de 8.4.97 a 18.6.01, constatou-se que o NICCEAP intentou 11 denúncias (oriundas de investigação criminal direta pelo *Parquet*), referentes ao crime de tortura, perante o Poder Judiciário a partir da entrada em vigor da Lei nº 9.455/97. Por sua vez, as demais promotorias criminais do Ministério Público do Distrito Federal ajuizaram 8 peças acusatórias (oriundas de investigação criminal realizada pela Polícia Judiciária), referente ao crime de tortura, perante o Poder Judiciário, a partir da entrada em vigor da Lei nº 9.455/97.

Ficou, assim, comprovada a imprescindibilidade da investigação criminal pelo Ministério Público do Distrito Federal, o qual interpôs 19 (dezenove) denúncias acerca de crimes de tortura, dentre as quais 11 (onze) delas oriundas de investigação do próprio *Parquet*, ou seja, 57,89%.

Considerando a imprescindibilidade de uma investigação caracterizada pela independência e imparcialidade, características intrínsecas do Ministério Público, e diante das normas nacionais prescrevendo a cons-

titucionalidade e legalidade dessas atribuições ministeriais, bem como das regras internacionais asseverando a imprescindibilidade de investigação imparcial, há necessidade de superação da resistência ideológica da Polícia, que encontra apoio em alguns posicionamentos do Poder Judiciário, os quais não reconhecem como atribuição do Ministério Público a promoção direta das investigações de infrações penais. ●

Notas

- (1) Cf. Declaração Universal dos Direitos Humanos; Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura; Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas e Degradantes (ONU); Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“Pacto de San José da Costa Rica”); Convenção sobre os Direitos da Criança; artigo 5º, incisos III, XLIII, XLVI (alínea “e”) e XLIX, da Constituição Federal Brasileira de 1988; Lei Federal nº 7.210 — Lei de Execução Penal (artigos 40, 41 e 45); Lei Federal nº 9.455/97, que disciplina a tortura, caracterizando-a como delito autônomo; artigo 2º da Carta de Cartagena, que estabelece conceito de tortura, e Declaração de Tóquio, aprovada pela Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, em 10 de outubro de 1975, em que também define o citado tipo penal.
- (2) Cf. Primeiro Relatório do Brasil relativo à implementação da Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas, Cruéis, Desumanas ou Degradantes no Brasil; Relatório sobre a tortura no Brasil produzido pelo relator especial **Nigel Rodley** da Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas em 2000; Estudo da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados; Relatório da II Caravana Nacional de Direitos Humanos da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados — sistema prisional brasileiro (set. 2000); Relatório Anual da Justiça Global — Relatório da Justiça Global de 2002 — Relatório da Justiça Global: Execuções Sumárias no Brasil 1997/2003 — Direitos Humanos no Brasil, 2000; Informe Anual — 2000 — da Anistia Internacional; Relatório Global sobre a situação dos Direitos Humanos no mundo 2000; Relatório da *Human Rights Watch* e Relatório Alternativo de Entidades de Direitos Humanos sobre tortura no Brasil entregue na ONU em Genebra (21/04/01).
- (3) Disponível em: <<http://www.global.org.br/relatoriortortura.htm>> Acesso em 14 fev. 2004.
- (4) “Força bruta”. *Correio Braziliense*. Brasília, 16 jun. 2001, *Seção Direitos Humanos*, p. 11.

Renato Barão Varalda

Promotor de Justiça em Brasília, especialista em Direitos Humanos pela *University of Essex*, UnB e FESMPDFT e mestrando em Direito pela Universidade de Lisboa

A SÚMULA 696 DO STF E A PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO CRIMINAL

João José Leal

1. Introdução

Uma crítica levantada ao texto da Lei dos Juizados Criminais, desde o primeiro momento de sua vigência, refere-se à forma lacônica e insuficiente com que foi disciplinada a Suspensão Condicional do Processo Criminal. Instituto verdadeiramente inovador e de grande impacto despenalizador, pela natureza de maior gravidade das condutas ali referidas e por seu vasto campo de abrangência, a suspensão condicional do processo mereceu, do longo texto da Lei nº 9.099/95, apenas o artigo 89 e seus sete parágrafos. Há uma contradição evidente entre a forma minuciosa com que o legislador disciplinou o procedimento relativo aos institutos da composição e da transação, de competência do Juizado Especial Criminal, e o *lacunismo* ou *lacunismo* com que tratou da suspensão condicional do processo, instituto este da competência da Justiça Criminal comum e que beneficia os autores das infrações de médio potencial ofensivo.

Em consequência dessa sumariada normativa, aconteceu o inevitável: relevantes questões de natureza procedimental e mesmo material foram completamente negligenciadas pelo legislador. Entre tantas outras, podemos mencionar as seguintes: forma, alcance e conteúdo da proposta de suspensão; possibilidade ou não de concessão de um segundo benefício; forma, *quantum* e, principalmente, momento ou prazo para o ressarcimento do dano; procedimento ou alternativa processual cabível, no caso de recusa ou omissão do promotor de Justiça em formular a proposta de suspensão. Isto sem mencionar a ausência completa de qualquer referência à pessoa da vítima, principal interessada no resultado do acordo sobre o ressarcimento do dano por ela sofrido.

Sem qualquer justificativa para essa *economia normativa*, ficou a explicação de que o instituto em apreço estava disciplinado em outro projeto de lei, mas sua inserção no corpo do projeto da então futura Lei nº 9.099/95 se fez no último momento e, por isso, de forma atropelada, para aproveitar a oportunidade de uma irrecusável *carona legislativa*.

Neste trabalho, pretendemos resgatar um pouco das discussões e divergências ocorridas na doutrina e jurisprudência, até a publicação, em 09.10.2003, da Súmula 696, do STF, sobre a faculdade conferida ao representante do Ministério Público *para propor* a suspensão condicional do processo criminal.

2. Suspensão Condicional do Processo como Direito Subjetivo do Acusado

A norma que trata da matéria (art. 89,

caput, da lei em referência) está assim redigida: “(...) o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos (...)”.

É sabido que o sentido semântico do verbo *poder* passou a ter um significado próprio na linguagem jurídico-penal. Tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência, *poder* não tem mais o significado de faculdade para agir ou decidir com liberdade ou completa discricionariedade sobre a solução processual mais adequada ao caso concreto.

A doutrina penal, na atividade hermenêutica de estabelecer o sentido de certas normas concessivas de benefícios penais e processuais penais, consagrou o entendimento de que o verbo *poder*, empregado em seu tempo presente (*pode*) ou futuro (*poderá*), tem o sentido de um condicionante *poder-dever*. A mesma compreensão tem sido adotada pela praxis judiciária. Em consequência, reunidas as condições ou pressupostos estabelecidos na lei positiva material ou instrumental, o sentido facultativo contido no verbo *poder* transforma-se em *dever*, cabendo ao juiz conceder o benefício ao acusado ou condenado. Tem sido esta a interpretação atribuída às normas reconhecedoras dos benefícios previstos nos arts. 21, *caput* (2ª parte), 26, parágrafo único, 29, § 1º, e 77, *caput*, entre outros.

Se a redação do art. 89, *caput*, da Lei nº 9.099/95, estabelece que “o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, **poderá** propor a suspensão do processo”, para boa parte da doutrina, a interpretação deste dispositivo não tem como ser diferente: trata-se, aqui também, de um *poder-dever*. Para esses doutrinadores, na análise da questão específica sobre a oferta da proposta de suspensão, deve ser reiterada a leitura hermenêutica dispensada aos demais favores legais acima referidos: *a suspensão condicional do processo criminal é, portanto, um direito subjetivo público do acusado*.

Em consequência, preenchidos os requisitos ou pressupostos estabelecidos na referida norma, surge um direito subjetivo para o acusado e isto torna obrigatória a oferta da suspensão pelo representante do Ministério Público. Não o fazendo, caberá ao juiz, de ofício ou por provocação do acusado, ofertar a proposta de suspensão do processo (neste sentido, ver: GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão Condicional do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 169; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão*. Porto Alegre: 1995, p. 118; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro e FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e*

Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, pp. 390-1; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover et alii. *Juizados Especiais Criminais - Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 210; ANDRA-DA, Doorgal Gustavo de. *A Suspensão Condicional do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 63). Destes autores, Luiz Flávio Gomes e Cezar Roberto Bitencourt somente admitem a concessão da suspensão do processo, sem a concordância do representante do Ministério Público, no caso de requerimento do acusado. Portanto, não aceitam a concessão de ofício pelo juiz.

3. Proposta de Suspensão é Atribuição Privativa do Ministério Público

Outra parte da doutrina, no entanto, não admite que o juiz possa conceder, de ofício ou a requerimento do acusado, a suspensão condicional do processo. Sendo o Ministério Público o titular exclusivo da ação penal, observados todos os requisitos objetivos e subjetivos legais, cabe-lhe decidir sobre a conveniência político-jurídica de apresentar ou não a proposta de suspensão do processo criminal.

Tal concessão, sem a anuência do Ministério Público, implicaria em se aceitar a legitimidade do magistrado para exercer função constitucionalmente acometida, com exclusividade, ao órgão ministerial. Isto afrontaria um dos princípios fundamentais da processualística penal contemporânea, consubstanciado na idéia de um verdadeiro processo acusatório de partes, que garanta o contraditório, a ampla defesa e a separação nítida e completa (orgânica) dos sujeitos e das funções processuais.

Portanto, a regra é a de que o Ministério Público tem o poder-dever de apresentar denúncia para iniciar a ação penal contra o acusado e de somente apresentar proposta de suspensão condicional do processo se os pressupostos e condições legais estiverem presentes positivamente, indicando que o benefício se justifica de forma plena. Desta forma, se o promotor de Justiça manifestar-se contrariamente à proposta de transação e se o juiz entender cabível a concessão do benefício, cabe-lhe tão somente determinar a remessa dos autos ao procurador-geral de Justiça para decidir sobre a divergência. Este último poderá designar outro promotor para apresentar a proposta de suspensão, se entender cabível o benefício, ou ratificar o entendimento do promotor de Justiça, hipótese em que opinará pelo prosseguimento da ação penal.

A pesquisa bibliográfica levantou os se- ➡

João José Leal

guintes argumentos a favor deste entendimento doutrinário: o instituto da suspensão do processo não representa um direito subjetivo do acusado, “*mas uma faculdade conferida ao dominus litis no sentido de, em determinadas hipóteses legalmente limitadas, sempre pautado no indeclinável bom senso, deixar de prosseguir na ação proposta*” (DEMERICIAN, Pedro Henrique e MALULY, Jorge Assaf. *Juízados Especiais Criminais – Comentários*. Rio de Janeiro: Aide, 1996, pp. 106-10); “*ao titular do ius persequendi pertence com exclusividade também a disponibilidade da ação penal quando a lei mitiga o princípio da obrigatoriedade*” (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Juízados Especiais Criminais*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 287).

4. Jurisprudência Predominante do STJ e do STF (Súmula 696): Não Cabe Transação sem a Concordância do Ministério Público

A jurisprudência dos tribunais estaduais sobre esta questão trilhou por caminhos de intensa divergência. Há uma verdadeira plethora de julgados admitindo a concessão do benefício pelo juiz, em caso de recusa ou omissão do promotor de justiça, com fundamento no argumento de que se trata de um direito subjetivo do acusado. Essa corrente jurisprudencial é contrariada por outros tantos acórdãos que decidiram pelo não cabimento de tal providência judicial.

O STJ, após inúmeras decisões admitindo a possibilidade de o juiz conceder a suspensão, mesmo sem a concordância do representante do Ministério Público, passou a entender que a iniciativa da proposta é privativa do promotor de justiça e, portanto, não pode ser feita pelo juiz, que não dispõe de poderes para decidir sobre a conveniência e oportunidade de conduzir a ação penal. Essa posição jurisprudencial pode ser condensada com base no texto da ementa abaixo transcrita:

“*A competência exclusiva conferida ao Ministério Público pelo art. 89 da Lei nº 9.099/95 para oferecer a proposta de suspensão condicional do processo não pode ser subtraída nem suprida pela autoridade judiciária frente à recusa fundamentada do promotor de Justiça*” (RHC nº 7.887-SP, DJU 21.06.1999, p. 202).

A partir de decisões mais recentes, o STJ pacificou a questão nos seguintes termos: “*em havendo divergência entre o órgão acusador e o magistrado, quanto à aplicação da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95), tem incidência o disposto no art. 28 do Código de Processo Penal*”. É esta a posição atualmente consolidada naquela Corte Superior de Justiça: REsp. nº 407.293, rel. Hamilton Carvalhido, DJU 19.12.2003, p.

631; REsp. nº 535.576, rel. H. Carvalhido, DJU 19.12.2003, p. 638; HC nº 23.022-SP, rel. Jorge Scartezzini, DJU 01.12.2003, p. 373; REsp. nº 511.077-SP, rel. José Arnaldo da Fonseca, DJU 17.11.2003, p. 366; REsp. nº 493.871-SP, rel. Laurita Vaz, DJU 06.10.2003, p. 305, e REsp. nº 511.749-SP, rel. Gilson Dipp, DJU 06.10.2003, p. 314.

No Supremo Tribunal, esse mesmo entendimento jurisprudencial já vinha sendo adotado desde 2002, cuja razão de decidir pode ser assim sintetizada: *em caso de divergência entre o magistrado e o órgão do Ministério Público, cabe ao primeiro remeter o processo ao procurador-geral de Justiça para decidir se é o caso de efetiva oferta de proposta da suspensão condicional do processo* (RHC nº 82.288-RO, rel. Gilmar Mendes, DJU 13.09.2002, p. 64; HC nº 83.458-BA, rel. Joaquim Barbosa, DJU 13.09.2002, p. 68; HC nº 82.004-RJ, rel. Ellen Gracie, DJU 13.09.2002, p. 83, e HC nº 81.724-MT, rel. Ellen Gracie, DJU 10.05.2002, p. 60).

Consolidado esse entendimento sobre a matéria, em 09.10.2003, o STF publicou a Súmula 696, que tem o seguinte enunciado: “*reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao procurador-geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal*”.

5. Suspensão Condicional é Solução de Consenso e não Direito Subjetivo Unilateral do Acusado

A Súmula do STF veio em boa hora e, a nosso ver, enfrentou a questão de forma adequada. Outro não poderia ser o sentido do direito contido na norma em exame. Se o juiz não concordar com a recusa do promotor de justiça, cabe-lhe encaminhar o processo ao chefe do Ministério Público para que este decida sobre o cabimento e a conveniência jurídica da transação penal. Ao procurador-geral de justiça, portanto, cabe a decisão final sobre a ação penal.

É preciso reconhecer que a concessão do benefício pelo juiz, seja de ofício ou a requerimento do acusado, sem a devida proposta do representante do Ministério Público, contraria a regra fundamental do processo acusatório, que consagra a figura do magistrado

como um *tertius* dotado da necessária imparcialidade para decidir sobre pretensões jurídicas formuladas com base no contraditório ou, de forma excepcional, no consenso das partes. No caso em análise, a concessão

de ofício da suspensão estaria se contrapondo à posição assumida pelo titular da ação penal pública e implicaria num juízo antecipado da relação processual-penal por parte do juiz, que somente pode realizar a prestação jurisdicional em resposta a um pedido certo e dentro dos limites pretendidos pelas partes.

Por outro lado, cabe ressaltar que o art. 89, *caput*, veda a concessão do benefício ao acusado que não satisfaça a um ou mais dos requisitos objetivos ali estabelecidos expressamente. Assim, por exemplo, se o acusado já estiver respondendo a outro processo, se já tiver sido condenado por outro crime ou se a pena mínima do crime (aí incluída a soma por concurso ou causa obrigatória de aumento) ultrapassar o marco punitivo mínimo de um ano, é óbvio que a suspensão do processo fica legalmente proibida.

Da mesma forma, se alguma circunstância normativa for negativa ou desfavorável ao acusado (como por exemplo, péssimos antecedentes, personalidade perversa, motivo torpe ou grave consequência causada pelo crime), o promotor de justiça também não deve propor o benefício da transação condicional, simplesmente porque é a própria lei que sinaliza não ser este um caso compatível com a idéia de uma justiça de consenso e despenalizadora.

É evidente que o representante do Ministério Público tem o dever de se manifestar, sempre e de forma fundamentada, sobre a proposta de concessão ou não da transação penal. É a lei que impõe esse dever de se pronunciar sobre a suspensão do processo. Isto é indiscutível. Se não o fizer, omitindo-se em seu dever funcional, cabe ao juiz notificá-lo para se pronunciar a respeito. A lei, no entanto, não o obriga a formular uma proposta de oferta do benefício, porque não é este o sentido contido na norma.

É claro que isto requer um compromisso com a regra da discricionariedade no processo de avaliação destas circunstâncias, mas é exatamente o que pretende a lei: beneficiar, com base num juízo antecipado e com certa segurança de acerto, o acusado com prog-

A regra é a de que o Ministério Público tem o poder-dever de apresentar denúncia para iniciar a ação penal contra o acusado e de somente apresentar proposta de suspensão condicional do processo se os pressupostos e condições legais estiverem presentes positivamente, indicando que o benefício se justifica de forma plena.

➔ nóstico positivo, no sentido de que o mesmo não voltará ao banco dos réus para responder a uma ação penal suspensa pelo modelo de justiça consensual.

Na verdade, a suspensão condicional do processo não pode ser entendida como um direito subjetivo do acusado. O exercício da ação penal pública, nos termos do art. 129, inciso I, da CF, é atribuição privativa do Ministério Público. Em obediência ao princípio da obrigatoriedade, que continua sendo a regra geral, dela não pode dispor senão nos dois únicos casos excepcionais previstos nos arts. 76 e 89 da Lei nº 9.099/95. Neste último caso, que é o que nos interessa, devemos considerar que a suspensão condicional é solução de consenso, que pressupõe um quadro processual onde se torna inadmissível falar de direito subjetivo unilateral, que beneficie apenas uma das partes.

Se considerarmos que o art. 89 apenas abriu uma exceção ao princípio da indisponibilidade da ação penal pública, introduzindo em nosso sistema processual a alternativa da *disponibilidade mitigada* ou da *discricionariedade regrada*, é preciso assegurar ao Ministério Público certa margem de liberdade para avaliar o conjunto das circunstâncias objetivas e subjetivas que envolvem o crime e o criminoso para decidir, sempre de forma fundamentada, sobre a conveniência ou oportunidade jurídica de propor o benefício da suspensão condicional do processo.

Entender o contrário, no sentido de que o

poder-dever significa que o Ministério Público deve propor a suspensão do processo e, se não o fizer mesmo que de forma motivada, entender que o juiz possa concedê-la de ofício ou a requerimento do acusado, é pretender implantar na processualística brasileira o princípio da obrigatoriedade da ação penal às avessas: em vez de estar obrigado a iniciar a ação penal pública e nela prosseguir, o representante do Ministério Público estaria obrigado a sempre propor a concessão da transação penal. Não é esta, seguramente, a melhor e mais razoável hermenêutica que se pode fazer do direito contido no *caput* do art. 89 da Lei dos Juizados Especiais Criminais.

Conclusão

A nosso ver, a Súmula 696 do STF consolidou a interpretação mais adequada do mandamento contido no art. 89, *caput*, da Lei nº 9.099/95. Portanto, merece ela a observância dos tribunais e magistrados de nosso País. Observância, no entanto, que não significa compromisso com a idéia de um Direi-

to Penal fechado e sem possibilidade de mudanças. Conforme assinalou com propriedade Celso Eduardo Faria Coracini, tratando-se de matéria penal que se relaciona com *“as liberdades e direitos mais intrínsecos da pessoa, as súmulas devem continuar com a função de resumo das tendências jurisprudenciais da Corte Superior”* (“Importância da Súmula em Direito Penal”. *Boletim IBCCRIM*, nº 136, março - 2004, p. 11).

Isto significa que o sentido normativo contido na Súmula 696 não vincula nem, mui-

to menos, obriga os magistrados e tribunais inferiores. Significa apenas que os mesmos têm agora um referencial hermenêutico, de hierarquia máxima, sobre matéria tão polêmica e geradora de tantas e exaltadas divergências doutrinárias e judiciais. ●

João José Leal

Doutor em Direito, professor do Curso de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Univali, ex-procurador-geral de Justiça de Santa Catarina e membro da AIDP

15 RAZÕES PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO INVESTIGAR INFRAÇÕES PENAIS

Valtan Furtado

A questão da possibilidade de o Ministério Público desenvolver investigações criminais diretamente, mediante procedimento próprio, já foi objeto de muitos estudos e decisões judiciais, não tendo encontrado ainda definição pelo Supremo Tribunal Federal. Alguns concluem pela necessidade de lei que contemple expressamente tal atribuição; outros chegam a sustentar que esta seria incompatível mesmo com a Constituição⁽¹⁾. Objetiva-se aqui apresentar, de maneira bastante resumida⁽²⁾, razões de ordem jurídica e prática que permitem facilmente concluir que o MP pode e deve desenvolver investigações criminais.

1. Trata-se de atividade prevista em lei (cf. item 2) e compatível com a finalidade do Ministério Público (tanto que prevalece na Europa, cf. item 3) — portanto, amparada pelo art. 129, IX, da CF.

2. A Lei Complementar nº 75/93 (Esta-

tuto do MPU) prevê, sem restringi-las ao âmbito civil, diversas atividades investigatórias do MP, no seu art. 8º, incisos I, II, IV, V, VI, VII, VIII e IX, destacando-se as atribuições de *“realizar inspeções e diligências investigatórias”, “expedir notificações e intimações”* e *“requeritar informações, exames, perícias e documentos”*; a Lei nº 8.069/90 (ECA) e a Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso) estabelecem textualmente competir ao MP **instaurar sindicâncias** para apurar ilícitos penais (art. 201, VII⁽³⁾, e art. 74, VI); o art. 47 do CPP, o art. 356, § 2º, do Código Eleitoral e o art. 29 da Lei nº 7.492/96 são expressos ao atribuir ao MP atividades de investigação criminal direta.

3. A tendência dos ordenamentos modernos é atribuir ao Ministério Público atividade de investigação criminal (como ocorre na Europa continental — por exemplo, Alemanha, Itália, Portugal e França —, verificando-se o mesmo na América Latina — Chile, Bolívia, Venezuela, etc.).

4. Uma das recomendações do relatório da ONU sobre execuções sumárias no Brasil, apresentado recentemente pela advogada **Asma Jahangir**, inclui o seguinte trecho: *“As unidades do Ministério Público deveriam dispor de um grupo de investigadores e ser encorajadas a realizar investigações independentes contra acusações de execuções sumárias. Obstáculos legais que impedem tais investigações independentes deveriam ser removidos em legislação futura”* (item nº 82⁽⁴⁾).

5. O sistema do juizado de instrução revela inconvenientes, como o comprometimento da imparcialidade do juiz, que determinaram o seu desprestígio na Europa; já o sistema de investigação **exclusivamente policial**, arcaico e praticamente abandonado, causa inúmeros problemas de eficiência e celeridade em determinadas apurações.

6. A regra histórica do nosso direito, de que é exemplo o art. 4º do CPP, é a universa-

João José Leal

Valtan Furtado

➔ lidade da investigação, que pode ser pública (Polícia, CPI, Judiciário⁶, Ministério Público e autoridades militares), ou privada (auditorias internas em empresas, atuação de investigador particular — Lei nº 3.099/57 —, etc.), direta ou incidental (Receita Federal, Banco Central, INSS, COAF, corregedorias, etc.), não havendo sentido em se retirar justamente do titular privativo da ação penal pública a faculdade de colher elementos para formar sua convicção.

7. Em nenhuma passagem da CF se encontra dispositivo que autorize pensar em exclusividade na função de investigar — o art. 144 somente fala em exclusividade em relação à atividade de polícia judiciária da União, para excluir a atuação das outras polícias civis, além do que **separa nitidamente a função de investigar infrações penais da de polícia judiciária**, conforme fica claro da leitura dos §§ 1º, I e IV, e 4º do art. 144.

8. Qualquer titular de um direito de ação deve ter a faculdade de colher, por si, dentro de parâmetros legais e éticos, os elementos que sustentarão o seu pedido ao Judiciário, sob pena de ver coarctado o seu direito de ação — a prevalecer a tese negativa da função investigatória do MP, este órgão encontrar-se-á na insólita situação, dentro do nosso ordenamento, de único titular de ação sem a faculdade de colher as informações e documentos necessários para supedanejar a sua pretensão, vendendo-se eventualmente na contingência de promover ações e arquivamentos temerários.

9. O Ministério Público é órgão autônomo, cujos membros gozam de garantias constitucionais (inamovibilidade e vitaliciedade) e independência funcional (situação que não se repete na Polícia, até por ser órgão armado do Estado), o que implica maior probabilidade de desenvolvimento e resultado útil de determinadas investigações, como as que envolvem políticos influentes ou integrantes da Polícia, sobretudo os mais graduados.

10. O controle externo da atividade policial, função atribuída ao MP pelo art. 129, VII, da CF, é notoriamente inviável sem a possibilidade de investigação criminal independente, donde se invoca a teoria dos poderes implícitos.

11. A investigação é apenas um instru-

mento de formação de convicção, não um fim em si mesma, sendo a diferença entre investigações civis e penais apenas para fins metodológicos (inclusive quanto ao uso de determinados instrumentos, como a interceptação telefônica), não se podendo esquecer que provas extraídas de um inquérito civil podem embasar uma ação penal, da mesma forma que indícios colhidos em uma investigação criminal podem sustentar uma pretensão civil.

12. Se é correto, como ninguém parece discrepar, que a ação penal pode ser deflagrada sem inquérito policial (art. 46, § 1º, do CPP), que o MP pode promover inquéritos civis (art. 129, III, da CF) e que frequentemente nestes inquéritos civis (por exemplo, nos que apuram improbidade administrativa) surgem indícios da autoria de ilícitos penais, suficientes para o ajuizamento de uma ação penal, soa incoerente e formalista ao extremo a idéia de negar ao MP a possibilidade de desenvolver investigações penais.

13. A alegação segundo a qual investigações promovidas pelo Ministério Público seriam parciais, porque visariam apenas a coligar provas tendentes a uma futura condenação, é de todo improcedente, porque: a) a prova da fase inquisitorial só serve para o recebimento da ação, devendo toda a prova (exceto a técnica) ser (re)produzida em juízo; b) não se espera do órgão investigador, seja ele Polícia ou Ministério Público, imparcialidade, atributo judicial, mas apenas impessoalidade; c) a Polícia está sempre em contato com o MP e é obrigada a atender suas requisições, sendo a mera idéia dessa pretensão equidistância um disparate; d) a probabilidade de um membro do MP distorcer os fatos na fase pré-processual não é maior que a de um delegado de polícia fazer o mesmo.

14. Possibilitar ao MP a condução direta de investigações criminais atende ao art. 37, caput, da CF, pois agrega **eficiência** a determinadas investigações, de acordo com a influência que o investigado possa exercer, o tipo de investigação (por exemplo, coleta e análise de documentos), a necessidade de formular um juízo direto e objetivo sobre os fatos, ou ainda por questão de ganho de tempo (por exemplo, em casos em que falta apenas uma informação para formar a *opinio delicti* sobre o objeto de uma representação oriunda de órgão fiscal, o MP pode obter o dado faltante expedindo um ofício ou ouvindo uma teste-

munha, com ganho de tempo e na formação de sua convicção).

15. A prática tem demonstrado como é relevante a atividade investigatória do MP no campo criminal, seja no combate a abusos na função policial, seja na apuração de crimes como sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, fraude contra o sistema financeiro e corrupção, sendo o famoso caso do desvio de recursos no TRT de São Paulo apenas um dos inúmeros em que se revelou fecunda a condução de investigações no âmbito interno do MP. 

Notas

- (1) Observa-se que esta última posição olvida o fato de que mesmo aos membros do Poder Judiciário é reconhecida a possibilidade de desenvolver investigações criminais, conforme ocorre em relação aos crimes falimentares, aos crimes praticados por magistrados e até mesmo nos termos da polêmica Lei nº 9.034/95, considerada constitucional no julgamento da ADIN 1.517-DF.
- (2) Maior desenvolvimento do tema, com citação de doutrina e jurisprudência, pode ser encontrado no nosso “O Sistema do Promotor de Justiça Investigador Criminal e seus Falsos Problemas”, a ser publicado na *Revista dos Procuradores da República*.
- (3) O STF decidiu, em votação unânime da sua 2ª Turma, realizada em 14.10.03 (HC nº 82.865), relator o min. **Nelson Jobim**, que o Ministério Público pode denunciar com base em sindicância própria, instaurada para apurar a existência de ilícito penal, com base no art. 201, VII, do Estatuto da Criança e do Adolescente (fonte: *Informativo* nº 325 do STF).
- (4) Tradução livre do autor. Eis a íntegra do item 82 original do citado relatório: “*Public prosecutors’ offices should be strengthened. The tenure of the heads of prosecutors’ offices should be of a reasonable period, to allow sufficient opportunity to consolidate their work. Prosecutors’ offices should be provided with a team of investigators and be encouraged to make independent investigations against charges of extrajudicial executions. Legal obstacles which prevent such independent investigations should be removed through further legislation.*”
- (5) Ver nota nº 1.

Valtan Furtado

Procurador da República no Distrito Federal

PORTARIA DETERMINA INSTALAÇÃO DE PARLATÓRIO NO FÓRUM CRIMINAL DE SÃO PAULO

Por meio da Portaria nº 01/2004, o MM. juiz de Direito dr. **Alex Tadeu Monteiro Zilenovski**, diretor do Complexo Jurídico Ministro Mário Guimarães, determinou a abertura das instalações disponíveis do “parlatório” desse Fórum, para fins de entrevista reservada dos réus com seus defensores, antes do interrogatório.

A portaria atende ao disposto no art. 185, §2º, do Código de

Processo Penal, com nova redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que assegura ao acusado o direito de entrevista reservada com seu defensor.

Esperamos que a medida, de iniciativa da AASP - Associação dos Advogados de São Paulo, se alastre por outros tribunais do país, na busca de concretização do direito de defesa. Cópia da portaria pode ser obtida na *Biblioteca do IBCCRIM*.

A busca da verdade real é princípio axiomático do processo penal. Em nome dele, colocam-se o juiz como sujeito privilegiado e as partes como sujeitos auxiliares, dadas as características de nosso processo penal, todos em atividade instrutória incessante que se orienta ao descobrimento da verdade.

A verdade, sabe-se e admite-se nos dias de hoje, não é absoluta, no sentido de que lhe falta exata correspondência com as coisas a que o processo penal denomina *fatos* . Daí afirmar-se o caráter *aproximativo* da atividade probatória e a *relatividade* dos juízos que com ela são firmados.

Se denominarmos esta limitação *intrínseca* , logo percebemos a existência de estruturas *externas* ao processo de conhecimento da verdade, e de igual caráter limitativo, das quais a mais evidente e generalizante é a regra proibitiva das provas ilícitas, muito embora outras devam assim ser catalogadas, como a teoria das nulidades no regime do direito infraconstitucional.

Os sujeitos que afloram deste contexto devem ser necessariamente sujeitos *éticos* . Daí por que alguns vêem o caráter cooperatório da atividade das partes no processo penal, e daí certa e inquestionavelmente todos apontam a figura do juiz penal como sujeito inarredavelmente comprometido com a verdade.

Causaria espanto afirmar que o juiz não tem o compromisso com a verdade, ainda que subjetiva e ingenuamente ele se mova neste sentido. Já não causaria o mesmo espanto afirmar que as partes não se movem em função deste compromisso, e menos espanto ainda causaria afirmar que a *defesa* e o acusado agem contrariamente a isto.

Mas, se todos são sujeitos do conhecimento que se produz no processo penal, e se todos estão sujeitos às limitações que acima denominamos internas e externas, não seria razoável supor irrecusável a identidade que se alinhava? Nenhum dos sujeitos, e portanto neles incluído o juiz, está comprometido com a verdade no processo penal.

Nietzsche recusava o *impulso à verdade* . Segundo ele, nada mais inconcebível e insensato do que reconhecer um *honesto e puro* impulso à verdade⁽¹⁾. Ele vê o homem dissimulador que, no máximo, alcança a verdade em um sentido estrito: deseja as verdades cujas conseqüências lhe são agradáveis e conservativas. Em *Zarathustra* ele ataca o *imaculado conhecimento* , uma dissimulação e mentira com a qual o homem se esquia da vergonha de fazer a *vontade das vísceras* .

Há, pois, no conhecimento, um impulso visceral que move o conhecimento. Este impulso, dirá ele, produz em seqüência pensamentos e conclusões que são apenas o resultado que nos é dado sentir de um processo de luta⁽²⁾ que parece conciliador de impulsos recônditos, diferentes e contrários entre

si, do querer rir, lamentar e execrar o objeto, mas que em verdade é apenas uma *certa proporção* deles⁽³⁾.

O conhecimento é, pois, o produto de uma luta interna do sujeito, cuja disposição instintiva é de lutar contra o dado, afastá-lo de si porque perigoso, e dominá-lo para conservá-lo. Haverá coisa mais clara do que os impulsos que nos movem em relação ao crime?

Michel Foucault vê nisto a possibilidade da construção de um modelo para análise do conhecimento e do sujeito⁽⁴⁾. Mais que isto, para os nossos fins, identifica que o conhecimento do conhecimento é uma tarefa que obriga a aproximação dos políticos, e não dos filósofos, pois conhecer é dominar e estabelecer um sistema de poder.

Conhecer o crime, portanto, não é uma tarefa ingênua a que se dedicam os sujeitos do processo por uma virtude tendencial à verdade. O axioma da verdade real é apenas uma dissimulação para a construção de um saber individualizado e concreto que permite o exercício do poder.

Na medida em que o conhecer do processo penal se estabelece como um sistema de poder, e lembramos aqui que não pode haver manifestação de poder estatal mais expressiva que a do sistema punitivo, que Bobbio denomina a quintessência dos poderes do Estado⁽⁵⁾, parece óbvio que as partes denominadas limitações internas e externas do saber têm uma natureza bem mais profunda do que a de simples técnicas processuais. Elas surgem como verdadeiras limitações aos poderes do Estado, limitações impositivas da construção do saber penal.

Esta perspectiva nos permite a formulação de algumas idéias que podem explicar fenômenos que se passam na prática de nosso processo penal, fenômenos para os quais os juristas em geral encontram boas razões e justificativas, mas que não convencem em absoluto.

a) Parece correto pensar que a luta interna dos impulsos de rir, lamentar e execrar possa resultar desequilibrada na proporção que se espera⁽⁶⁾. Se o impulso de *detestari* se manifesta com grande peso, o sujeito de conhecimento se apresenta desequilibrado, como desequilibrado será o seu saber. Não será este o “padece” dos intolerantes na senda criminal? Inclinação para a verdade certamente não é!

b) As limitações à atividade probatória, e aqui nos referimos não apenas às regras proibitivas da prova ilícita, mas também àquilo que dispõem os códigos sobre perícias, surgem como empecilho ao impulso de *detestari* . O que faz o jurista? Organiza a realidade de modo tal a abstrair momentaneamente aquilo que execra — o crime, coloca em confronto direitos que ele contrapõe — o direito à vida e à intimidade por exemplo, se acautela de *lugere* em relação ao primeiro (direito

à vida), faz um verdadeiro de *ridere* em relação ao último (a intimidade), e depois retorna ao seu objeto primordial (o crime), que descortina desprotegido de qualquer garantia fundamental. A técnica deste proceder se chama teoria da proporcionalidade, e ela se estabelece como um expediente dissimulatório da vontade das vísceras.

c) O impulso de execução em relação ao crime não opera só. Está lado a lado com o mesmo impulso em relação ao criminoso. O recurso do direito penal do fato não domina o impulso de *detestari* . Indagar se as limitações (constitucionais) da atividade probatória impedem a utilização da prova ilícita *pro reo* é mais um dos expedientes de que se vale o impulso malévolo para compor a desequilibrada proporção do conhecimento humano. E isto só se faz à custa do desconhecimento dos processos do saber penal, e da função *política* que a vedação das provas ilícitas exerce.

d) A relação que se faz entre livre convencimento do sujeito-juiz e o princípio da motivação de suas decisões é evidente. O que não é evidente, e ao contrário bastante obscuro, é o processo de composição da proporção de seus impulsos. Isto é *tecnicamente* ou processualmente insondável, tanto que há sempre um jeito de se justificar a irregularidade ou insuficiência do dever de fundamentação. Somente a perspectiva política poderia explicá-lo, o processo.

Uma última observação. Quando se coloca em questão a discussão sobre a força probatória do inquérito policial, duas perspectivas se abrem. Por uma, é preciso conceber o inquérito como um método de pesquisa, uma forma de conhecimento. Por outra, deve ser admitido que o inquérito policial, se “processualmente” não vale nada, tem a fundamental e sutil função de despertar os impulsos de *ridere* , de *lugere* e de *detestari* no sujeito da atividade probatória. Que se desenvolva em juízo. ●

Notas

- (1) *Sobre a Verdade e Mentira no Sentido Extramoral* , § 1º.
- (2) *Gaia Ciência* , § 111.
- (3) *Gaia Ciência* , § 333. Nietzsche parte da perspectiva de Spinoza, para quem conhecer é *non ridere, non lugere, neque detestari* . Conhecer é *intelligeri* no sentido de conciliador que negará.
- (4) *A Verdade e as Formas Jurídicas* , cap. I.
- (5) Entre duas repúblicas.
- (6) A admissão da possibilidade desta desproporção obviamente pressupõe a recusa ao modelo de Spinoza, que propugna a *conciliação* , e não a *proporção* como Nietzsche.

Luís Fernando Camargo de Barros Vidal
Juiz de Direito em São Paulo

CASUÍSMO POLÍTICO-PENAL - A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 10.763/03

Antonio Santoro

Antonio Santoro

Como de sabença comum entre os estudiosos das ciências penais, a sanha política de dar satisfação à opinião pública vem causando sérios estragos teleológicos ao sistema penal. Desta feita, a vítima foi o título Dos Crimes contra a Administração Pública praticados por funcionários públicos (Capítulo I), que compreende os artigos 312 a 327 do Código Penal.

As alterações implementadas pela Lei nº 10.763 de 12 de novembro de 2003, mormente as que dizem respeito aos acréscimos de pena dos artigos 317 e 333 do Código Penal, se mostram inconstitucionais.

Ora, o artigo 317 do Código Penal tipifica o crime de *corrupção passiva*. *In verbis*:

“Art. 317 - **Solicitar** ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”.

No dispositivo antecedente, o legislador penal fez a previsão do crime de *concussão*, assim descrito:

“Art. 316 - **Exigir**, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida”.

Verifica-se que os núcleos dos tipos penais, grafados em negrito, diferenciam-se pela gravidade. De todo evidente que há clara diferença semântica entre o termo *solicitar*, utilizado no tipo de *corrupção passiva*, que deve ser entendido como a ação de pedir, de rogar, induzir⁽¹⁾, e *exigir*, utilizado no tipo de *concussão*, o qual impende seja compreendido como um ato de imposição, intimidação.

Estreme de dúvidas o ato de intimidação, de imposição é muito mais grave que um mero pedido. A agressão implementada ao bem jurídico protegido no primeiro caso é mais ofensiva que no segundo. Via de consequência, o crime de *concussão* é mais grave que o crime de *corrupção passiva*. Não por outro motivo o legislador penal originário cominou penas diferenciadas, sendo a primeira mais grave em sua base, isto é, a pena mínima do tipo de *concussão* é de 2 (dois) anos, enquanto a do tipo de *corrupção passiva* é de 1 (um) ano. Ambas as penas eram de reclusão, sendo de 8 (oito) anos no máximo.

E não se diga que o crime de *corrupção passiva* tipifica outras duas condutas, o que faria da comparação *supra* um ato de mera ação subjetiva. Isso porque as demais condutas tipificadas são *receber*, denotando passividade em contraste à exigência, uma atividade agressiva e invasiva, e *aceitar*, menos grave ainda do que receber, posto que sequer exige o resultado material, sendo crime formal.

Na *corrupção passiva* há uma conduta

criminosa lesiva aos interesses da administração pública, mas nos dois últimos casos suso mencionados não estão sendo contrariados os interesses de terceiros, enquanto na *concussão* necessariamente os interesses do administrado são violados em conjunto com os da Administração Pública, mostrando a complexidade do bem jurídico no caso dos verbos *exigir* e *solicitar*, em contraposição aos atos de *receber* e *aceitar*.

Decerto a inovação trazida ao ordenamento pela Lei nº 10.763, de 12 de novembro de 2003, fez certo o descompasso do legislador com o sistema penal. Isso porque a lei referida aumentou a pena do crime de *corrupção passiva* para o lapso compreendido entre 2 (dois) e 12 (doze) anos de reclusão.

O aumento da pena máxima do crime de *corrupção passiva* somente manteria a harmonia do sistema caso viesse acompanhada de uma alteração nas penas dos crimes correlatos, assim entendidos aqueles que violam o mesmo bem jurídico, mormente o multicitado tipo penal de *concussão*.

Com efeito, nas bem lançadas linhas a respeito do princípio da proporcionalidade, Heloísa Estellita, em referência a Teresa Aguiar Correa⁽²⁾, torna clara a necessidade de proporcionalidade entre o bem jurídico tutelado, a gravidade da violação deste e a quantidade de pena cominada.

A desproporção implementada pela alteração do Código Penal é ofuscante.

Como dito antes, se comparado o tipo penal de *concussão* com o de *corrupção passiva* no que respeita ao bem jurídico protegido, verificamos o seguinte: no primeiro tutela-se a moralidade da Administração Pública, somado ao interesse patrimonial e à liberdade individual do cidadão, enquanto no segundo a proteção recai sobre a probidade da Administração Pública somente, quando muito pode-se admitir uma violação ao interesse patrimonial do cidadão na conduta específica de *solicitar*, mas não se observa com as condutas incriminadas qualquer violação da liberdade do administrado.

Em se tratando da gravidade da conduta violadora do bem jurídico, seria repetitivo verificar que a *concussão* tipifica conduta mais grave que a *corrupção passiva*.

O que justificaria a atitude do legislador ao agravar a sanção do tipo penal de *corrupção passiva*, que passa a ter pena de reclusão cominada entre 2 (dois) e 12 (doze) anos, ao passo que o crime de *concussão*, mais grave, como já visto, continua com pena de reclusão de 2 (dois) e 8 (oito) anos?

O sistema penal é, sem dúvida, uma forma de controle social que visa à manutenção da estrutura de poder. Este controle pode se

dar inclusive sobre estratos “socialmente inseridos”, que, com suas condutas, ponham em risco a estrutura, seja por contestarem a ideologia vigorante, seja por incitarem a camada social não dominante a romper com o sistema em razão de revolta contra certas condutas desviantes.

Casos de repercussão na imprensa em geral tornam os aplicadores do Direito envolvidos *popstars* momentâneos, ratificando o condicionamento da burocratização preconizada por Zaffaroni e Pierangeli⁽³⁾, e a cobrança por soluções exemplares incitam modificações legislativas inconsequentes.

Não há dúvida que o caso conhecido como “propinoduto” trouxe à tona, mais uma vez, a cientificamente descompromissada cobrança por penas maiores, na luta contra a festejada impunidade.

Qualquer aumento de pena ou criminalização de conduta que derive de um caso de repercussão na imprensa deve ser evitado, pois em casos tais não se pode vislumbrar, como empiricamente vem se demonstrando, cientificidade nessas alterações legislativas que servem apenas para dar satisfação à opinião pública, ratificando todos os condicionamentos do Poder instituído que, em razão desses falsos paliativos, se firma no caos e não busca uma modificação estrutural das relações sociais para minimizar as desigualdades, que são as verdadeiras causas da violência urbana.

Estas modificações em geral apresentam vícios insanáveis, como é o caso da Lei nº 10.763, de 12 de novembro de 2003, inconstitucional por violar flagrantemente o princípio da proporcionalidade. ◐

Notas

- (1) PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 400.
- (2) AGUADO CORREA, Teresa. *El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal*, Madrid: Edersa, 1999, *apud* Heloísa Estellita. “Direito Penal, Constituição e Princípio da Proporcionalidade”, in: *Boletim do IBCCRIM* - Edição Especial - Outubro de 2003 - 9º Seminário Internacional, p. 13.
- (3) ZAFFARONI, E. Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral*, 3ª ed., Revista dos Tribunais, 2001, pág. 77.

Antonio Santoro

Mestrando em Filosofia (UFRJ), advogado e professor de Direito Penal da UFRJ, professor de Direito Processual Penal de Pós-graduação da Universidade Gama Filho e do curso de graduação do Centro Universitário da Cidade

Em artigo publicado na edição de outubro passado do **Boletim do IBCCRIM**, o eminente juiz do Tribunal Regional Federal da 4ª Região **Elcio Pinheiro de Castro** ofertou-nos posicionamento doutrinário bastante peculiar acerca do que considera “*limites da coisa julgada na execução penal*”. Em síntese, pretendeu o magistrado sufragar entendimento segundo o qual ao juiz de execução penal seria interdito restabelecer a pena privativa de liberdade do executado quando, como consequência de duas condenações criminais oriundas de dois processos distintos, a ele se tenha imposto, em cada qual, penas restritivas de direitos substitutivas da pena privativa de liberdade, isso **ainda quando o resultado da operação de soma ou unificação das penas supere o patamar de 4 (quatro) anos** instituído pelo art. 44, I, do CP. A tanto, e com apoio no § 5º do art. 44 do Código Penal, sustenta que “*o direito à substituição das penas carcerárias por sanções restritivas já restou consolidado e integrado no patrimônio jurídico do réu, por decisão judicial definitiva*”⁽¹⁾.

Reprisemos, sinteticamente, a situação prática que protagonizaria aventada solução jurídica: a) um réu é condenado a 3 (três) anos de reclusão; b) ao formar-se o processo de execução penal, sobreveio ao executado **nova condenação criminal** à pena privativa de liberdade de 3 (três) anos de reclusão, sanção igualmente substituída por penas restritivas de direito. Em tal hipótese, consectário lógico da operação de soma das penas será a fixação do *quantum* de 6 (seis) anos de reclusão como pena a ser cumprida pelo executado. Pois bem, segundo o magistrado, em tal hipótese **não seria lícito ao juiz da execução penal recomendar o apenado ao regime semi-aberto, único compatível com a pena resultante da operação cuja realização lhe é exigida** (art. 111 da LEP, c/c art. 33, §2º, “b”, do CP).

Com a máxima vênia, quer-nos parecer que um tal entendimento padece de três ordens de equívocos, haja vista retratar: a) negativa de vigência ao art. 111, *caput* e parágrafo único, da LEP; b) deficiente interpretação do §5º do art. 44 do Código Penal, eis que realizada de forma desconectada do *caput* do dispositivo legal; c) equivocada projeção dos efeitos da coisa julgada a uma decisão (de substituição das penas) que ostenta, no âmbito da execução penal, e ante expressas e determinadas hipóteses legais, caráter *rebus sic stantibus*. Vejamos:

a) **Da negativa de vigência ao art. 111, caput e parágrafo único, da LEP — e consequente imposição de tratamento diferenciado em face de situações que reclamam solução jurídica uniforme:**

Por força do art. 65, III, “a”, da LEP, compete ao juiz da execução decidir sobre “*a soma ou unificação de penas*”. Ao fazê-lo, deverá atender às diretrizes da própria LEP, cristalinamente em dispor, em seu art. 111, *caput* e parágrafo único, que o juiz da execução procederá à soma ou unificação das penas, decorram elas do *mesmo processo* ou de *processos distintos*, e que **tal decisão terá como efeito jurídico imediato a determinação do regime de pena** (“Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição. Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime.”).

Ora, o dispositivo não deixa dúvidas: somadas ou unificadas as penas, o resultado penal obtido será determinante em relação ao regime de pena (no exemplo acima cogitado: 3 anos + 3 anos = 6 anos: regime semi-aberto).

Acaso proceda distintamente, ou seja, mantendo “individualizadas” as sanções penais — assim permitindo ao executado o “cumprimento simultâneo” das penas restritivas de direito —, o juiz de execução estará inevitavelmente **negando vigência ao próprio instituto da soma/unificação das penas** — por conseguinte, à lei — uma vez que a *ratio* que informa sua existência é a lógica necessidade de contabilização das sanções pulverizadamente impostas ao executado para o fim de determinar o regime de pena que se faça compatível à pena que lhe resta cumprir.

Tenha-se em mente, outrossim, que o art. 111 da LEP cumpre uma finalidade em nada desprezível: cimenta a unidade do ordenamento jurídico, visando a afastar a imposição de tratamento irrazoavelmente diferenciado em face de situações jurídicas que, por sua identidade material, clamam por solução uniforme. Do contrário, o sistema passaria a acolher uma indesejada (ilegal e injusta) distinção entre as seguintes duas situações jurídicas **materialmente indistinguíveis**: a) a dos apenados, por mais de um crime, em um *mesmo processo* penal, a uma pena total superior a 4 (quatro) anos (imediatamente recomendados ao regime semi-aberto); b) a dos apenados, por mais de um crime, a mais de 4 (quatro) anos, por força de *processos distintos*, nos quais se tenha operado, em cada qual, a substituição das penas (para estes, haveríamos então de permitir o simultâneo cumprimento das penas restritivas de direito, sem somá-las ou unificá-

las em sede de execução). De tal forma, um réu condenado a **9 (nove) anos de reclusão** por força de três **ações penais distintas**, cada qual infligindo-lhe pena de 3 (três) anos, faria jus, pelo raciocínio pretendido, a três decisões de **substituição da pena** “simultaneamente executáveis”. Todavia, se os mesmos 9 (nove) anos resultassem da prática dos **mesmos delitos**, apenas que julgados no âmbito de uma **mesma ação penal**, o réu seria inevitavelmente recomendado ao **regime fechado** (art. 33, § 2º, “a”, do CP).

Ilustrando, vejamos aonde chegaríamos se considerado válido o raciocínio ora combatido, isso a partir da simulação de três situações comparadas (A, B e C):

Apenado	Total de crimes praticados	Nº de ações penais	Penas parciais de cada crime (em anos)	Penal total	Solução jurídica
A	2	1	3 + 2	5 anos	Regime semi-aberto
B	2	2	3 + 2	5 anos	Substituição das penas
C	5	5	4 + 4 + 4 + 4 + 4	20 anos	Substituição das penas

A situação dos apenados “A” e “B” apenas se diferencia quanto ao número de processos (o apenado “A” é condenado por dois delitos em um *mesmo processo*; “B” é condenado pelos mesmos delitos em *processos distintos*). No mais, é idêntica. Todavia, a solução jurídica demonstra-se rigorosa, ilegal e injustificada-mente distinta.

Se aceito esse critério — que em última análise reconduz a solução do problema à pior ou melhor sorte do apenado, ao ter seus delitos revelados a partir de uma unidade ou pluralidade de processo(s) e julgamento(s) —, observe-se, ainda em análise comparativa, o que sucederia em relação aos apenados “A” e “C”: sob a perspectiva do regime de pena, “C” receberia um tratamento absolutamente mais benéfico que “A”, conquanto em relação a este tenha recebido uma **pena quatro vezes superior!**

Essa diversidade de soluções jurídicas atenta contra a própria lógica do sistema. Mais concretamente, fulmina a paridade de tratamento jurídico perseguida pelo art. 111 da LEP, tomando por ferir um postulado básico de igualdade, o que se verifica ocorrente “quando não se possa apontar um fundamento razoável, resultante da natureza das coisas ou materialmente informado para a diferenciação legal ou para o tratamento igualitário, ou, mais simplesmente, quando a disposição possa ser caracterizada como arbitrária” [BverfGE 1, 14 (52)]⁽²⁾.

➔ **b) Da adequada interpretação ao § 5º do art. 44 do CP, o qual não introduz regra autônoma, senão que se revela complementar em relação à dicção do caput do dispositivo:**

A consideração do Direito como sistema impõe-nos algumas matizações. Uma delas, e bastante eloquente, cujos efeitos se espargem ao processo interpretativo, decorre do que hoje vem positivado em sede por demais específica, respeitante aos critérios de formulação legislativa. A Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, nesse sentido, dispõe expressamente que: “Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas: III - para a obtenção de ordem lógica: c) expressar por meio dos **parágrafos** os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida”.

Diz o § 5º do art. 44 do CP: “§ 5º **Sobre vindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior**”. A seu turno, prescreve o art. 44, caput, do CP: “Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: **I – aplicação da pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos**”.

Quer-se dizer, a única interpretação possível a conjugar harmonicamente os dispositivos acima referidos aponta para a consideração de que o § 5º do art. 44 encontra limitação de sentido nas diretrizes do caput do dispositivo a que pertence, tudo a indicar, no caso concreto, que apenas será possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior se ambas as sanções, somadas/unificadas, não ultrapassarem o limite de 4 (quatro) anos expressamente estabelecido pelo art. 44, I, do CP.

Deveras, não houvesse essa necessária vinculação normativa entre o parágrafo e o caput do dispositivo, haveríamos de indagar: qual o limite de pena a que se refere o § 2º, parte final, do mesmo art. 44, ao dispor que, “se superior a um ano”, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos? (“§ 2º. Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direi-

tos e multa ou por duas restritivas de direitos”). Em tal hipótese, pena “superior a um ano” poderia significar, por exemplo, pena de 10 (dez) anos? Logicamente, não. O § 2º está vinculado a um caput (art. 44, I) que veda a substituição da pena privativa de liberdade caso a mesma exceda a 4 (quatro) anos, sendo esse, portanto, o limite superior utilizável à compreensão do dispositivo. Interpretar diferentemente implicaria reduzir a zero a normatividade do art. 44, I, do CP, conferindo ao seu parágrafo, todavia, uma projeção normativa ilimitada. Ora, o mesmo se processa em relação ao § 5º do art. 44. Trata-se de regra que permite ao juiz deixar de aplicar a conversão se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. E só o será se as penas a serem cumpridas, após somadas/unificadas, não atingirem limite quantitativo que extravase os 4 (quatro) anos estabelecidos pelo art. 44, I, do CP. Do contrário, estaríamos incidindo no que Mendes Neto denominava “sofisma de sentido oposto”, na espécie “falácia da divisão”, verificável quando se pretende apresentar coisas separadamente que só são verdadeiras quando em conjunto⁽³⁾.

c) Da inocorrência de ofensa à coisa julgada quando a decisão se reveste, em face de expressa determinação legal, de caráter rebus sic stantibus:

A decisão acerca da substituição da pena privativa de liberdade, operada em sentença, não se investe do predicado da intangibilidade, porquanto está sujeita, no âmbito de seu processo executório, ao não-advendo de hipóteses conducentes à sua revisão. Ou seja, projetada ao nível do processo de execução penal, a decisão quanto à substituição da pena é — e sempre será — **rebus sic stantibus**, submetendo-se a eventuais modificações na forma e nas hipóteses que a lei assim dispuser.

De fato, considerando-se as inúmeras intercorrências próprias do processo de execução (falta grave, prática de novo delito, etc.), não se pode afirmar sobre um suposto “direito adquirido” do condenado ao regime — ou à forma de cumprimento de pena — que lhe foi imposto na sentença. E não o há por expressa determinação do sistema normativo. É dizer: no que se refere à determinação do regime — ou à substitutibilidade da pena privativa de liberdade — existem fatores ulteriores e externos ao processo de conhecimento que se habilitam a reger a execução da pena, inclusive quanto ao próprio regime de cumprimento da pena, mantendo-o ou alterando-o.

Aliás, caso houvesse, no particular, “coisa julgada”, não seria possível cogitarmos das seguintes hipóteses: a) de conversão da pena (art. 44, § 4º, do CP e 181 da LEP); b) de

regressão de regime (art. 118 da LEP); c) de modificação das condições estabelecidas (art. 116 da LEP), d) a que incide ao caso: soma ou unificação das penas, com a consequente fixação do regime compatível (art. 111, caput e parágrafo único, da LEP), situações essas legalmente estabelecidas como verdadeiras limitações sistêmicas à imutabilidade do regime, razão pela qual não se lhes cabe opor a alegação de “coisa julgada”. Nesse sentido, a propósito, é a manifestação do Supremo Tribunal Federal (“Habeas Corpus. (...) Não cabe alegação de coisa julgada decorrente da primeira condenação, em ordem a não se modificar o regime, para forma mais rigorosa, em virtude de nova condenação no curso da execução. (...)”) [STF, RHC nº 66.797-0, rel. min. Néri da Silveira, j. 13/09/1988, DJ09/12/1988]).

Síntese:

Em derradeira síntese, estamos em que:

a) a interpretação do § 5º do art. 44 há de realizar-se de acordo com o caput do dispositivo; é dizer: o juiz poderá deixar de aplicar a conversão se a nova pena, resultante do processo de soma/unificação, não ultrapassar o patamar de 4 anos (art. 44, I, do CP);

b) do art. 111 da LEP desponta a exigência de solução uniforme na determinação do regime de pena quando ao executado se tenha imposto condenação por mais de um crime, tenham eles sido revelados “no mesmo processo ou em processos distintos”;

c) não há cogitar de violação à coisa julgada frente a situações que por sua natureza executória revelam-se externas ao processo de conhecimento e que ostentam, por imperativo legal, caráter **rebus sic stantibus**, sujeitando-se, pois, às várias hipóteses de sua alteração, das quais formam exemplos eloquentes: c.1) a conversão (art. 44, § 4º, do CP e art. 181 da LEP), c.2) a regressão de regime (118 da LEP); c.3) a modificação das condições estabelecidas (art. 116 da LEP) e c.4) as adaptações necessárias em face da soma/unificação das penas (art. 111, caput e parágrafo único, da LEP). ●

Notas

- (1) CASTRO, Elcio Pinheiro de. “Os limites da coisa julgada na Execução Penal”, *Boletim do IBCCRIM*, nº 131, outubro de 2003.
- (2) Apud CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 226.
- (3) NETO, João Mendes. *Rui Barbosa e a Lógica Jurídica*, Saraiva: São Paulo, 1949, p. 198.

Luciano Feldens

Procurador da República no Rio Grande do Sul e professor de Direito Penal

O bárbaro assassinato de um casal de adolescentes que acampava em Embu-Guaçu, na Grande São Paulo, reacendeu com força total a discussão sobre pontos delicados do sistema penal brasileiro. A identificação pela Polícia de *Champinha*, 16 anos, como mentor e principal executor do crime causou revolta na medida em que sua imputabilidade penal — e, por consequência, o Estatuto da Criança e do Adolescente e suas matrizes ético-valorativas — foi tomada como símbolo da injustiça e impunidade que compõem o sentimento de insegurança hoje presente na sociedade brasileira⁽¹⁾. Afinal, segundo o senso comum, um sistema que prevê um máximo de três anos de *reeducação* para um homicida irrecuperável não pode ser eficiente.

A reação da grande mídia foi a esperada. Apresentadoras de televisão pregaram o extermínio de *Champinha* em horário nobre enquanto ex-políticos, hoje jornalistas, ironizaram a ingenuidade dos juristas que “*adotam a tese da criminologia radical*” e não vêem no criminoso um bandido, mas apenas uma “*vítima da sociedade*”, concluindo com a sugestão de que os malfadados criminólogos tentem justificar suas injustificáveis posições aos pais dos adolescentes mortos⁽²⁾. Ou seja, nada de novo.

Mais intrigante foi a reação dentro do próprio mundo jurídico. O informativo eletrônico *Migalhas*⁽³⁾, por exemplo, recebeu uma avalanche de mensagens de seus leitores — advogados, juízes, promotores, estudantes de Direito e afins — com afirmações que variavam entre a necessidade de adoção, no Brasil, de um sistema penal que tenha como “*diretriz de justiça o código de Hamurabi, ‘olho por olho, dente por dente’*” até uma demonstração de desprezo pelos “*poucos ‘intelectuais’*” que não aceitam a redução da maioria penal: se as últimas pesquisas demonstram que 84% da população de São Paulo apóia a redução da maioria penal, é ilegítimo — porquanto não-democrático — advogar o contrário. Afinal, “*a voz do povo é a voz de Deus*”.⁽⁴⁾

Ditos populares como fundamento político-criminal

Talvez não seja de se estranhar. Afinal, não seria novidade no Brasil que a política criminal se determine pelas marés da opinião pública — apenas oficializaríamos o Direito Penal plebiscitário. Desde a redemocratização as leis penais são alteradas e remendadas na esteira de grandes comoções populares. As novelas de televisão, indubitavelmente, têm um poder muito maior de convencimento sobre as Câmaras de Constituição e Justiça do Congresso Nacional do que qualquer estudo científico ou estatístico⁽⁵⁾.

Mas afinal, por que será que a voz do povo só é a voz de Deus no que diz respeito a políticas de Segurança Pública? Sim, pois até hoje

nenhum grande instituto de pesquisa foi contratado para saber a opinião das pessoas, digamos, sobre a taxa de juros praticada pelo Banco Central do Brasil no pagamento dos títulos da dívida pública. E mesmo que tal pesquisa fosse realizada, ninguém seria suficientemente louco a ponto de sugerir que o resultado vinculasse o Comitê de Política Monetária, obrigando-o a reduzir os juros a zero caso fosse esse o anseio popular detectado pela pesquisa.

Talvez isso se explique pelo fato de as decisões na área de política econômica estarem centralizadas no Poder Executivo, menos expostas, portanto, às tormentas provocadas pela opinião pública do que no Legislativo, responsável, em última análise, pela política criminal. Ou ainda pelo aparente distanciamento dos assuntos econômicos do dia-a-dia da população, em comparação com o onipresente tema da (in)segurança pública. O discurso da lei e ordem, entre outros efeitos, tem o condão de fazer crer que, se a criminalidade é (com justiça) assunto de domínio público, assim também deve ser a produção da lei penal, transformando o debate acadêmico — jurídico ou não — em mera peça decorativa⁽⁶⁾. De outro bordo, a grande mídia compra o discurso para depois revendê-lo mediante larga margem de lucro, consubstanciado em gordas cotas de propaganda e grande exposição política, que será bastante útil nas próximas eleições para deputado federal.

Mas as hipóteses acima formuladas não explicam a reação dos próprios “operadores do Direito”, conhecedores que são de sua tecnicidade. Isso é, no mínimo, a demonstração de que os economistas gozam de mais legitimidade que os pobres estudiosos do crime e da criminalidade. E, apesar dos históricos fracassos experimentados pela tecnocracia econômica brasileira nos últimos 30 anos, gozam também de mais credibilidade.

Hoje o debate legislativo não procura considerar o problema da criminalidade a partir de dados estatísticos e conceitos concretos, como se faz entre os economistas para concordar ou refutar uma posição. Não há consenso de que, para que uma escolha político-criminal seja reputada certa ou errada, deveria primeiro ser experimentada na prática e não apenas em tese. Não há, sequer, plena concordância de que qualquer debate sadio acerca de uma política legislativa penal deve assentar-se na regra, não na exceção⁽⁷⁾.

De quem é a culpa? A resposta parece fácil — basta apontarmos para os *outros*: as massas são manipuláveis, os jornalistas são hipócritas, os meios de comunicação são sensacionalistas, os “operadores do Direito” são pouco estudiosos, e por aí vai. Não se cogita, porém, que o problema talvez resida no outro pólo desta lide.

Crise de credibilidade

O pesquisador, o acadêmico, tem um pa-

pel social na educação popular. A capacidade da opinião pública de promover um debate racional acerca de um tema específico depende, em grande medida, da atuação dos especialistas em oferecer os instrumentos para tanto, em termos simples, de modo que o leigo possa entender⁽⁸⁾.

Ocorre que as ciências criminais têm se desonerado de tal obrigação. Os especialistas não se preocupam em disponibilizar seus argumentos para o mundo exterior, insistindo na tendência geral de dialogar apenas entre si, quando muito⁽⁹⁾. Basta verificar os artigos científicos publicados nas revistas especializadas, ou mesmo os espaços de opinião reservados aos acadêmicos nos grandes meios de comunicação para perceber que a linguagem empregada não é palatável ou mesmo acessível a quem não é versado no assunto — geralmente, aqueles a quem se busca convencer.

Isso não significa que os debates acadêmicos devam ser postos de lado, nem se trata de desmerecer a utilidade do rigor terminológico. Porém, não se pode pretender influenciar o meio social sem estabelecer uma forma de garantir a repercussão da produção científica. O argumento de que a simplificação do discurso levaria a uma simplificação do conteúdo não se sustenta. O papel das ciências humanas e sociais é de dizer as coisas da maneira mais clara e sucinta possível⁽¹⁰⁾, sendo esse um desafio a que os cientistas criminais não podem se furtar.

O resultado desse processo é que a responsabilidade pela formação da opinião pública sobre criminalidade e segurança foi assumida por leigos que, com ou sem interesses escusos, ocuparam um espaço vazio. Consequentemente, isso fez decrescer a importância dos pesquisadores no papel de tornar mais racionais as discussões públicas. Antes de uma crise de legitimidade, vivemos, portanto, uma crise de *credibilidade*.

A discussão sobre a maioria penal é bastante elucidativa: os “especialistas” ficam de um lado do ringue, arremessando termos acadêmicos e consensos presumidos, enquanto os “operadores” e leigos ficam de outro, disparando ironias, frases feitas e — golpe de misericórdia — ditos populares. Alheios à disputa, os projetos para a redução da maioria penal fervilham perigosamente no Congresso, em ano eleitoral.

A amarga experiência de utilizar o ordenamento jurídico para controlar a criminalidade não foi suficiente para mostrar à população e à grande mídia que mudar leis não se presta a diminuir a violência, senão a aumentá-la⁽¹¹⁾. Se algum dia os especialistas almejavam possuir credibilidade suficiente para efetivar suas escolhas político-criminais, será necessário antes de tudo assumir o papel de educadores e, disponibilizando suas convicções de forma clara e efetiva, convencer a sociedade a elevar o nível do debate. 

Notas

- (1) Recente pesquisa divulgada pela *Datafolha* identificou que “a violência é a primeira ideia que vem à cabeça do morador de São Paulo quando ele pensa em sua cidade”. A mesma pesquisa mostra que 24% da população paulistana aceita a tortura como um instrumento legítimo para o trabalho de investigação policial; 59% se mostra favorável à adoção da pena de morte no País e 81% defende a prisão perpétua (*Folha de S. Paulo*, 1º de fevereiro de 2004, página C1).
- (2) **MELLÃO NETO, João**. “Pobres vítimas da sociedade” (“O Estado de S. Paulo”, 14 de novembro de 2003, página A2).
- (3) <http://www.migalhas.com.br>
- (4) Informativo eletrônico *Migalhas*, “Migalha dos leitores”, 17 de novembro de 2003.
- (5) Interessante o contraponto com o ocorrido na Finlândia no final dos anos 70, quando a sociedade se deparou com o aumento da taxa de encarceramento. Segundo o criminólogo **Patrik Törnudd**, era primeiro uma questão de entender a superpopulação carcerária como um *problema*; depois, compreender que isso não era causado por um perfil incomum da criminalidade finlandesa; e, finalmente, rejeitar qualquer tentativa de ver o elevado número de presos como algo de que se orgulhar. Assim, uniram-se os criminólogos, que contribuíram com os dados necessários, aos políticos, que ocupavam posições que lhes permitiam realizar mudanças — ilustrando sua afirmação de que “os países nórdicos podem ser caracterizados como países que respeitam especialistas”. In **CHRISTIE, Nils**. *A Indústria do Controle do Crime*. São Paulo: Forense, 1998, pp. 43-44.
- (6) O jornalista e advogado **Mauro Chaves** defende a consulta popular para decidir sobre a adoção da pena de morte no País: “E haverá assunto mais apropriado a uma decisão plebiscitária — plenamente prevista na Constituição (art. 49, XV), a partir de convocação soberana do Congresso Nacional — do que o que diz respeito ao entendimento do valor da vida humana e do preço a pagar por sua eliminação?”. In “Emoção de um liberal” (*O Estado de S. Paulo*, 28 de novembro de 2003, p. A2).
- (7) Segundo dados divulgados pela Coordenadoria de Análise e Planejamento da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, menores de 18 anos foram responsáveis por apenas 1% dos homicídios dolosos, 1,5% de roubos e 2,6% de latrocínios praticados no Estado entre janeiro e outubro de 2003 (*Folha de S. Paulo*, 1º de janeiro de 2004, p. C1).
- (8) **MYRDAL, Gunnar**, *Objectivity in Social Research*. New York: Pantheon Books, 1969, p. 41.
- (9) “A tendência nas últimas décadas tem sido a de os cientistas sociais se fecharem por meio de uma terminologia excessivamente elaborada e estranha, freqüentemente a ponto de prejudicar sua capacidade de se entenderem uns aos outros e, talvez, ocasionalmente, de se entenderem a si mesmos”. *Idem*, p. 42, tradução livre.
- (10) *Idem, ibidem*.
- (11) A Lei nº 8.072/90, que regulamentou a figura dos crimes hediondos, permanece como exemplo de ineficiência legislativa no controle da criminalidade. Desde a sua entrada em vigor, a incidência dos crimes nela descritos ou permaneceu estável (casos do estupro e do latrocínio) ou aumentou (casos do tráfico de entorpecentes e do homicídio doloso). **FRANCO, Alberto Silva**. *Crimes Hediondos*, 4ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 494.

Luiz Guilherme Mendes de Paiva

Mestrando em Direito Penal pela Univ. de São Paulo, advogado e coordenador-adjunto do Depto. de Iniciação Científica do IBCCRIM.



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: juiz.lages@tjap.gov.br
- AMAZONAS
 - **Ana Beatriz Baraúna Lopes**
E-mail: anabbl@hotmail.com
 - **Fabiola Monteconrado Ghidalevich**
E-mail: monteconrado@argo.com.br
- BAHIA
 - **Selma P. de Santana**
Tel. com.: (71) 362-6125
 - **Elmir Duclerc**
E-mail: elmird@mp.ba.gov.br
- CEARÁ
 - **Fernando Luiz Ximenes Rocha**
E-mail: fernandoximenes@secrel.com.br
- DISTRITO FEDERAL
 - **Carmen da Costa Barros**
E-mail: cbarros@terra.com.br
 - **Heloisa Estellita**
E-mail: helo.estellita@uol.com.br
- MINAS GERAIS
 - **Liliane Cristina de Oliveira**
E-mail: liliane@passosuemg.br
 - **Marcelo Leonardo**
E-mail: marceloleonardo@uol.com.br
- PARÁ
 - **Edmundo Alberto Branco de Oliveira**
E-mail: Edmundo@directbr.com.br
- PARAÍBA
 - **Oswaldo Trigueiro Filho**
Tel. com.: (83) 2106-9294
 - **Felipe Augusto Forte Negreiros Deodato**
Tel. com.: (83) 243-1043
- PARANÁ
 - **Maurício Kuehne**
E-mail: luciano.kuehne@mais.sul.com.br
- PERNAMBUCO
 - **Nilzardo Carneiro Leão**
E-mail: [Nilzardo@aol.com](mailto:nilzardo@aol.com)
- MATO GROSSO DO SUL
 - **Fabio Trad**
E-mail: fttrad@terra.com.br
- RIO DE JANEIRO
 - **Maria Lúcia Karam**
E-mail: malu@centroin.com.br
- RIO GRANDE DO SUL
 - **Fabio Roberto D'Avila**
E-mail: Fabio_davila@hotmail.com
 - **Paulo Vinicius Sporleder de Souza**
E-mail: pvcoimbra@hotmail.com
- RIO GRANDE DO NORTE
 - **Lena Rocha**
Tel. coml. Fórum: (084) 214-0210
- 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!

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO – NOVOS ESPAÇOS DE INTERVENÇÃO JURÍDICO-PENAL – RIO GRANDE DO SUL

O IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – Coordenadoria do RS e a UNISINOS – Universidade do Vale do Rio dos Sinos estão promovendo, com início em agosto de 2004, o curso de Especialização em Direito Penal Contemporâneo – Novos Espaços de Intervenção Jurídico-Penal.

O curso contará com um ciclo de conferências ministrado pelo professor doutor **José de Faria Costa**, da Universidade de Coimbra, Portugal.

Inscrições: 07 de junho a 24 de julho de 2004, na Coordenação de Admissão e Matrícula da Unisinos.

Horas/aula: 364

Mais informações pelo telefone (51) 591-1122, pelo e-mail: posgrad@juris.unisinos.br ou pelo site: www.unisinos.br

III SEMINÁRIO DO IBCCRIM NO SUDOESTE MINEIRO – PASSOS-MG

O IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – Coordenadoria de MG e a UEMG – Universidade do Estado de Minas Gerais – Campus de Passos realizarão, de 21 a 23 de junho, o III Seminário do IBCCRIM no Sudoeste Mineiro.

Proferirão palestras os doutores **Alberto Silva Franco**, **Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior**, **Marcelo Leonardo**, **Marco Antonio Rodrigues Nahum**, **Marcos Pedrosa Silveira**, **Maria Elizabeth Queijo**, **Ranulfo de Melo Freire** e **Renato Faria Brito**.

Mais informações pelos telefones: (35) 3529-8050 e 3529-8000

INQUÉRITO POLICIAL: ATO DISCRICIONÁRIO OU VINCULADO?

César Peres

César Peres

A persecução penal, no Brasil, quando houver crime de ação pública incondicionada, nortear-se-á pelos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade⁽¹⁾, dentre outros. Isto porque o tempo verbal do núcleo de um dos tipos processuais que informam a matéria — art. 5º do CPP — é o futuro jussivo (imperativo). Diz o dispositivo: “(...) Nos crimes de ação pública o inquérito policial **será iniciado** (...)”⁽²⁾. Proclama também o mesmo Diploma Legal: “Art. 17. A autoridade policial não poderá mandar arquivar os autos de inquérito”.

Como consequência, não tem a autoridade policial nenhuma discricionariedade na instauração do procedimento⁽³⁾. O poder exercido naquele momento é vinculado, ou seja, não se levará em consideração aspectos de conveniência ou de oportunidade⁽⁴⁾. Trata-se, como se vê, de exercício de poder/dever. Poder não tem significado de faculdade, mas com o de que somente aquela autoridade poderá praticar o ato; e dever no sentido de que, presentes os pressupostos, deve a instância ser instaurada; e uma vez iniciada, não mais poderá ter seu curso elidido pela mesma autoridade.

Uma das razões a inspirar o dispositivo em comento é a de que impossibilite dúvidas em relação à lisura dos comportamentos. Se não houvesse a obrigação de instaurar o inquérito (poderia ser também o caso de termo circunstanciado, ou de procedimento para apuração de ato infracional), por parte do seu titular, quando fosse o caso, ficaria ele sujeito às mais esdrúxulas especulações: ora a de que estivesse protegendo apaniguados ou obtendo algum tipo de vantagem; ora a de estar perseguindo desafetos.

O pressuposto para a instauração do inquérito policial, como quer **Flávio Meirelles Medeiros**, com o que concordamos inteiramente, é a mera suspeita “de ocorrência de fato dotado de tipicidade”⁽⁵⁾. Nada importa constatar-se, ao depois, não haver crime, por ocorrência de causa justificante ou exculpante: a pressuposição do inquérito não é o delito, mas a mera adequação do fato — de maneira formal e material — à lei penal (tipicidade). Nesta sede, não se demanda a existência de indícios de autoria: ainda que não se tenha idéia de quem seja o autor, obviamente deve o procedimento ser iniciado, até para que se lhe descubra a identidade. Mais: a própria existência do fato típico pode e deve, se for caso, ser posteriormente negada (na fase do relatório⁽⁶⁾, não havendo indiciamento, não agora!), por ausentes os seus demais elementos: conduta dolosa ou culposa, resultado e nexo causal (estes últimos nos crimes materiais)⁽⁷⁾.

Entretanto, a tipicidade a que nos referimos — a qual é a única aceitável num Estado

Democrático de Direito — para além de formal (mera subsunção à descrição legal) há também de ser material, ou seja, deve haver real lesividade ao bem jurídico tutelado. Nessa senda, não são sequer típicas condutas como, *ex. gr.*, como a do médico nas intervenções cirúrgicas regularmente realizadas; as lesões esportivas ocorridas no contexto do esporte; a colocação de brincos, *piercings* e outros que tais, quando consentida por pessoa capaz; a subtração de um refrigerante, por um empregado, a uma família abastada, etc.⁽⁸⁾. É que, nesses casos, os bens jurídicos — a integridade física e o patrimônio — não são substancialmente agredidos. No último exemplo, acrescenta-se a lembrança da parêmia latina a iluminar o constitucional princípio da ofensividade⁽⁹⁾: *de minimis non curat praetor* (o juiz não se preocupará com ninharias).

Como se vê, tais fatos estão fora do contexto que interessa ao moderno Direito Penal.

Não sendo o caso, isto é, presente a tipicidade, em seus dois aspectos (formal e material), como antes dito, a inauguração da instância é impositiva.

Nada mais estapafúrdio, portanto, do que as chamadas “indagações policiais” ocorrentes em determinadas delegacias de polícia, as quais não são sequer autuadas, não têm as páginas numeradas e estão, por isso mesmo, extra-oficiais: não existem no mundo jurídico. Ora, o inquérito policial já é uma investigação preliminar, eis que “procedimento administrativo pré-processual”⁽¹⁰⁾, mera peça de informação, de cunho inquisitorial⁽¹¹⁾, a balizar eventual propositura de ação penal.

Assim, de duas uma: ou a autoridade policial entende não ser caso de persecução penal, a qual deve acontecer somente como última opção (*ultima ratio*)⁽¹²⁾, quando houver uma agressão típica intolerável aos bens juridicamente protegidos (tipicidade formal e material), ou decide por investigar o fato, neste caso, de forma legal, transparente e oficial.

Sobre tais procedimentos ao arripio da lei, algumas inferências podem ser feitas:

1ª) as peças da investigação não são autuadas para que, havendo solicitação de vista dos autos por parte da defesa, possa a autoridade policial sacar parte dos documentos (não existe ordem de paginação, porque não estão as folhas numeradas) e oferecer ao advogado do investigado somente o que convier.

2ª) outra possibilidade é a de que o caráter extra-oficial seja mantido até que esteja o inquérito praticamente concluído, oportunizando ao delegado que o instaure (com data anterior) e produza o relatório de encerramento num mesmo momento, de molde que os dois procedimentos guardem entre si o interregno legal: 10 dias com réu

preso e 30 quando solto (art. 10 do CPP).

3ª) por fim, tal desrespeito poderia dar ensejo a se pensar tivesse lugar nos distritos policiais justamente o que quis o legislador evitar: o favorecimento de protegidos e/ou a obtenção de vantagens oriundas de “acertos”, pelos agentes públicos.

Como se vê, nenhuma razão justifica tais condutas ilegais. Se pretende o presidente do inquérito a este cobrir com o sigilo, cumpre que o requeira ao Poder Judiciário e não que o decrete arbitrariamente, ao seu talante. A Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), no seu art. 7º, XIV, afiança tenha o advogado pleno acesso aos autos, inclusive “podendo copiar peças e tomar apontamentos”. A segunda conduta das acima expostas constitui infração administrativa, passível de correição; a última é crime — prevaricação — previsto no art. 319 do CP.

De outra parte, como não têm os policiais civis, salvo no caso dos delegados de polícia, a obrigatoriedade de possuir graduação em Direito, deles não se exige, obviamente, o conhecimento técnico a permitir possam julgar se estão ou não presentes as condições para instauração da persecução penal. Tal mister é exclusivo da autoridade policial. Assim, qualquer ocorrência pela população trazida ao distrito policial deve ser registrada para, posteriormente, ser submetida ao titular da DP, a fim de que delibere sobre ser ou não caso de se formar o inquisitório.

Para ilustrar, citamos a Portaria nº 273/01, da Chefia de Polícia do RS, vigente e válida⁽¹³⁾:

“Art. 2º. Os Boletins de Comunicação de Ocorrência e documentos que aludam à notícia de fatos não criminais, após despachados pela autoridade policial, serão arquivados na secretária do órgão, na pasta/arquivo própria, em ordem de numeração interna/ano, atendendo-se fins do controle interno e externo;”

Ainda:

“Art. 4º. Havendo notícia de infração penal, a autoridade policial, conforme a hipótese legal, determinará a imediata instauração do procedimento policial competente (Inquérito Policial, Termo Circunstanciado, Procedimento de apuração de Ato Infracional)”.

Em suma: qualquer procedimento contra o cidadão, levado a efeito nas delegacias de polícia — mesmo a mera intimação para depor como testemunha, posto que também esta gera uma obrigação — fora de um regular e convenientemente instaurado inquérito policial, é ilegal e, como tal, merece ser repudiada e conduzida ao crivo dos órgãos competentes. 

Notas

(1) **TOURINHO FILHO, Fernando da Costa.** *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 65.

- ➔ (2) **TORNAGHI, Hélio.** *Comentários ao Código de Processo Penal*, vol. 1, tomo 1, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956, p. 142.
- (3) **MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de.** “O ato administrativo de instauração do inquérito policial”, in: *Estudos Jurídicos em Homenagem a Manoel Pedro Pimentel*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 163.
- (4) **GASPARINI, Diógenes.** *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 78 e 79. Diz o autor: “Assim, **vinculação ou atribuição vinculada é a atuação da Administração Pública em que a lei não lhe permite qualquer margem de liberdade para decidir ou agir diante de um caso concreto. Sabe-se que se está diante de uma atribuição dessa natureza em razão do enunciado legal, consubstanciado nas expressões: será concedido, será outorgado, ou de outra da mesma índole**” (sem grifo).
- (5) ———. *Do Inquérito Policial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1994, p. 37.
- (6) **LOPES JR., Aury.** *Sistemas de Investigação Preliminar*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, pp. 178 e ss.
- (7) Sobre os componentes no fato típico: **REALE JR., Miguel.** *Teoria do Delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 30; **COELHO, Valter.** *Teoria Geral do Crime*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, pp. 31 e 32; e **LUISI, Luiz.** *O Tipo Penal, a Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987, p. 37.
- (8) **GOMES, Luiz Flávio.** “Na virada do milênio, o quê herdamos e o quê deixaremos para as

- futuras gerações nas ciências criminais”, in: www.ibccrim.org.br, 24.12.2000, referindo-se à chamada “tipicidade conglobante” (**Zaffaroni**).
- (9) **GOMES, Luiz Flávio.** “*Princípio da Ofensividade no Direito Penal. Não há Crime sem Lesão ou Perigo Concreto de Lesão ao Bem Jurídico* (Nullum Crimen Sine Iniuria). *Funções Político-Criminal e Dogmático-Interpretativa. O Princípio da Ofensividade como Limite para o Ius Puniendi. O Princípio da Ofensividade como Limite ao Ius Poenale*”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 59.
- (10) **LOPES JR., Aury.** ob. citada, p. 33.
- (11) **PRADO, Geraldo.** *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, pp. 123 e ss.
- (12) **GOMES, Luiz Flávio.** *Criminologia. Introdução a seus Fundamentos Teóricos; Introdução às Bases Criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, pp. 312 e ss.
- (13) **FERRAJOLI, Luigi.** “O Direito como sistema de garantias”. In: **OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades** (org.). *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 90-91. Ver também **FERRAJOLI, Luigi.** *Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

César Peres

Advogado e professor de Direito Penal na Ulbra/Gravataí (RS)

César Peres

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)

— MATO GROSSO DO SUL

- Sindicato dos Defensores Públicos do Mato Grosso do Sul
- Associação dos Delegados de Polícia de Mato Grosso do Sul
- Associação Sul-Matogrossense do Ministério Público

— 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

— 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

PALESTRAS

A Escola Paulista da Magistratura – Coordenadoria do Núcleo Norte da Grande São Paulo, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, a Diretoria do Complexo Judiciário Mário Guimarães, a Faculdade de Direito das Faculdades Integradas de Guarulhos, a Associação Paulista de Magistrados – Guarulhos, a Associação Paulista de Magistrados – Complexo Judiciário Min. Mário Guimarães, o Centro de Apoio aos Juizes Criminais do Complexo Judiciário Min. Mário Guimarães – CAJUCRI e a Associação dos Advogados Criminalistas do Estado de São Paulo realizarão as seguintes palestras, organizadas e promovidas em conjunto:

Data: 15 de junho de 2004

Tema: *A Prova no Processo Penal*

Palestrante: dr. **Luiz Antonio Figueiredo Gonçalves** (Juiz do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo)

Data: 29 de junho de 2004

Tema: *Crimes Sexuais – Aspectos Materiais e Processuais*

Palestrante: dr. **Celso Luiz Limongi** (Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo)

Horários: 19h45min

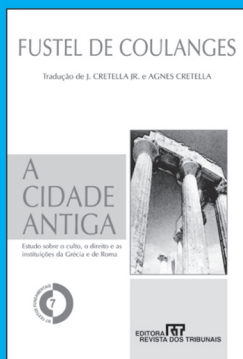
Local: Plenário 10 do Complexo Judiciário Ministro Mário Guimarães
Av. Dr. Abrão Ribeiro nº 313 – Barra Funda, São Paulo-SP

As inscrições devem ser feitas no escritório da APAMAGIS, em Guarulhos, pelo tel/fax (11) 6441-2704, até dez dias antes da data da respectiva palestra. Serão fornecidos certificados de comparecimento.

Editora Revista dos Tribunais

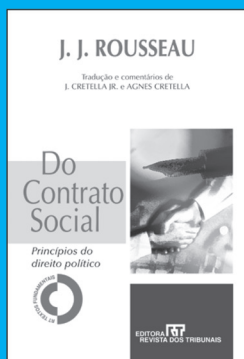
Série RT Textos Fundamentais

cód. 002288



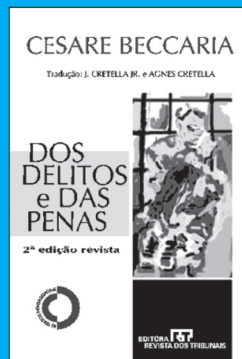
364 páginas • brochura

cód. 002265



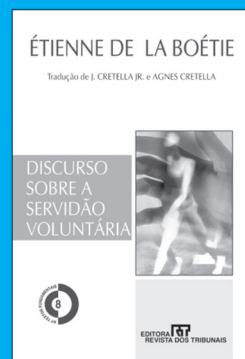
190 páginas • brochura

cód. 001442



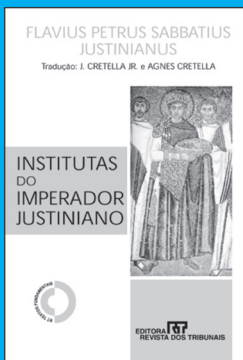
150 páginas • brochura

cód. 002427



100 páginas • brochura

cód. 001868



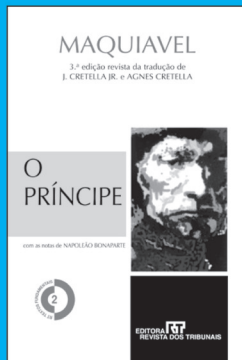
348 páginas • brochura

cód. 002328



102 páginas • brochura

cód. 002337



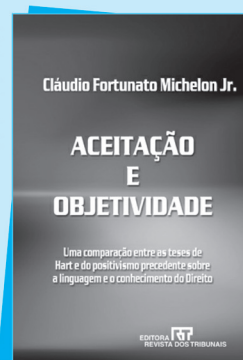
168 páginas • brochura

cód. 002331



160 páginas • brochura

cód. 002306



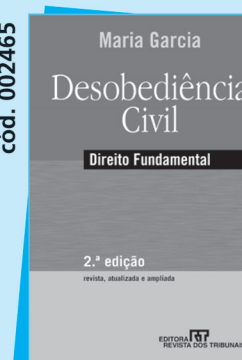
180 páginas • brochura

cód. 002570



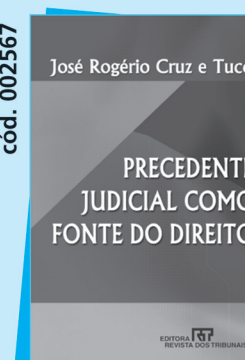
398 páginas • brochura

cód. 002465



336 páginas • brochura

cód. 002567



350 páginas • brochura

**livraria
RT**

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

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