

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS



IBCCRIM

EDITORIAL

UMA NOVA FUNDAÇÃO DO MENOR?

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais está, há 10 anos, estudando o crime, **seja** para atender aos reclamos da população (presa em casa, sob o abrigo de cães e de desmesurados portões que o medo assentou; amedrontada na rua, até com o aproximar de um esfaimado à busca de esmola), **seja** para pôr cobro à violência do sistema prisional, que ignora o que está inscrito no texto da Constituição acerca da saúde físico-psíquica do encarcerado.

Como é de nossa história, o IBCCRIM não é um grêmio de louva-minhas: é de ontem, é de hoje, nossa crítica, reiterada, a políticas empreendidas na Secretaria de Segurança e na Administração Penitenciária, mormente no que se refere ao RDD, concepção que deixaria insone o Marquês de Beccaria! (v., a respeito, Nilo Batista, "A Reabilitação da Cela Surda", em *Boletim Especial* de outubro de 2003, do IBCCRIM).

Impossível silenciar, nesse passo, a lição do tradadista da matéria: "A prisão não pode deixar de fabricar delinquentes. Fabrica-os pelo tipo de existência que faz os detentos levarem: que fiquem isolados nas celas, impondo-lhes limitações violentas". Quando se vê assim, "o preso entra num estado habitual de cólera contra tudo que o cerca; só vê carrascos entre todos os agentes da autoridade; não pensa mais ter sido culpado; acusa a própria justiça" (Michel Foucault, *Vigiar e Punir*, 235, Edição Vozes, 1977).

Na perspectiva que deve ser considerada até há pouco — um doloroso depósito de crianças cativas — a Febem era um cárcere. Afortunadamente, porém, é de crer que ela esteja a transmutar-se numa casa de menores: é o que se extrai da entrevista de seu novel presidente, Marcos Antônio Monteiro, estampada na *Folha de S. Paulo*, aos 16/2/2004. Sua Senhoria dá a impressão de que sabe o que pretende fazer, sem que o explicita em casuísmos que só a práxis definirá; não foge a perguntas, não se arreceia de opinar, não escamoteia ao responder. Não tem medo de perder o cargo

que ele, ao que parece, veio engrandecer.

Há um instante em que ele quase se escusa por vir de outra área. Quem, no entanto, conhece a Magistratura, o Ministério Público, a Polícia, sabe que, ali, não é fácil encontrar pessoa adequada para o cargo. Na gramática dessas funções, pululam os verbos **mandar, prender, requisitar**; a rotina contamina, como o mostra Carlitos, ao que parece, em *Tempos Modernos*...

O Presidente veio de uma boa escola: o Magistério; isso é muito, não o bastante. Seu grande título — esse o necessário — está na sua autobiografia: "Eu sou um educador". E como o repórter fingisse não entender, traduziu: "Eu não sou nem mole nem duro. Eu sou educador".

Não é fácil ensinar, mas muitos professores ensinam bem. São raríssimos, contudo, os que sabem educar. Rubem Alves tem insistido na distinção.

Ser educador na Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor é abrir mão das horas de sono: porque uma hora tem de olhar no menino, outra, no guarda. Um a querer fugir, outro a querer bater. Desgraçadamente, um e outro foram "educados" para odiar.

O presidente-educador logrará minorar o ódio na Casa e trazer Esperança a essas infelizes crianças?

A pergunta não infirma as boas razões que tem, o IBCCRIM, para esperar uma mudança na filosofia da Febem. Diferente de uma postura voluntarista ("vou resolver o problema do menor infrator") ou autoritária ("vim para pôr ordem na casa"), Marcos Antônio Monteiro reportou-se a sua história de vida: "Eu sou educador".

Estaremos na iminência de ver a Febem não mais como mera instituição total, dessas que se destinam, só, a "proteger a sociedade"? (v. Erving Goffman, *Manicômios, Prisões e Conventos*).

Somente um educador pode assumir o compromisso de **iniciar** a tarefa de fazer da Febem uma Fundação Estadual do Bem Estar do Menor, e **oxalá que o faça e que esse esperado posicionamento se alastre pelo País.** (1)

**Ser educador na
Fundação Estadual do
Bem-Estar do Menor é abrir
mão das horas de sono:
porque uma hora tem de olhar
no menino, outra, no guarda.
Um a querer fugir, outro a
querer bater. Desgraçadamente,
um e outro foram "educados"
para odiar.**

Editorial

Índice

EDITORIAL:
UMA NOVA
FUNDAÇÃO DO MENOR?

1

SEXO E GÊNERO:
A MULHER E O FEMININO
NA CRIMINOLOGIA E NO
SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

2

Vera Regina Pereira de Andrade

BURLA DE ETIQUETAS

3

Salo de Carvalho

IBCCRIM, IDEOLOGIA E

PODERES INVESTIGATÓRIOS

DO MINISTÉRIO PÚBLICO

4

Sergio Gardenghi Suiama

RESPOSTA

5

Alberto Silva Franco

A PRESERVAÇÃO DO DEVIDO
PROCESSO LEGAL PELA
INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA
(OU DO DIREITO DE
DEFENDER-SE PROVANDO)

6

André Boiani e Azevedo
e Édson Luís Baldan

NOVA ORDEM JURÍDICA CIVIL
(LEI Nº 10.406/2002) E
REFLEXOS NO DIREITO PENAL

9

Edimar Carmo da Silva

AMPLIAÇÃO DAS
LIBERDADES PÚBLICAS?

11

Mohamad Ale Hasan Mahmoud

ESTATUTO DO DESARMAMENTO
- NÃO INCIDÊNCIA, POR ORA,
DE SEU ART. 12 (POSSE
IRREGULAR DE ARMA DE
FOGO DE USO PERMITIDO)

12

Marcelo Lessa Bastos

OLIGOFRENIAS:
INIMPUTABILIDADE,
SEMI-IMPUTABILIDADE
E ARBITRÍO JUDICIAL

14

Edevaldo de Medeiros

Caderno de Jurisprudência

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA:
O TÉRMINO DO PROCESSO
ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO E
A DENÚNCIA CRIMINAL FACE
AO SISTEMA CONSTITUCIONAL
BRASILEIRO E RECENTE
ENTENDIMENTO DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL

785

Luiz Henrique Pinheiro Bittencourt

O DIREITO POR QUEM O FAZ:
ABANDONO DE INCAPAZ.
ERRO DE TIPO

787

Erony da Silva

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

788

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

789

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

790

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

791

TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL

792

“Temos direito a reivindicar a igualdade quando a desigualdade nos inferioriza; temos direito a reivindicar a diferença quando a igualdade nos descaracteriza.”
(Boaventura de Sousa Santos)

Gênero é um signo que se tornou teórica e politicamente relevante desde a década de 70 do século passado quando, sob o influxo do movimento feminista e de expressiva revolução de paradigmas nas ciências, estendeu seu significado original de uma classe de algo (música, literatura) ou de seres (animais, vegetais), para designar uma classe de seres humanos (pessoas), configurando-se, doravante, como um conceito de grande valor para a compreensão da identidade, papéis e relações entre homens e mulheres, nas sociedades modernas.

Doravante será possível distinguir entre sexo (biológico) e gênero (social) e, a partir da matriz sexo/gênero ressignificar a dicotomia homem/mulher, feminino/masculino, desconstruindo o modelo androcêntrico de sociedade e de saber e os mecanismos que, a um só tempo, asseguravam e ocultavam a dominação masculina, mantendo a diferença de gênero ignorada.

Com efeito, para além do dado biológico que define o sexo (cada nascimento requer um registro sexual), o gênero será concebido como o sexo socialmente construído (parafra-seando **Simone de Beauvoir**, não se nasce mulher — ou homem — torna-se). Nessa esteira, “*é a construção social do gênero, e não a diferença biológica do sexo, o ponto de partida para a análise crítica da divisão social de trabalho entre mulheres e homens na sociedade moderna, vale dizer, da atribuição aos dois gêneros de papéis diferenciados (sobre ou subordinado) nas esferas da produção, da reprodução e da política e, também, através da separação entre público e privado*”⁽¹⁾.

Dita construção social se processa, por sua vez, pela atribuição dicotômica e hierarquizada de predicados/esferas aos sexos, em cuja bipolarização não apenas são opostas qualidades masculinas às femininas, mas estas são inferiorizadas: racional/emocional, objetivo/subjetivo, concreto/abstrato, ativo/passivo, força/fragilidade, virilidade/recato, trabalho na rua/no lar, público/privado. Enquanto o pólo positivo é representado pelo homem-racional-ativo-forte-potente-guerreiro-viril-trabalhador-público, o pólo negativo é representado

pela mulher-emocional-passiva-fraca-impotente-pacífica-recatada-doméstica.

Este simbolismo estereotipado e estigmatizante de gênero, (que homens e mulheres, no entanto, reproduzem) apresenta a polaridade de valores culturais e históricos como se fossem diferenças naturais (biologicamente determinadas) e as pessoas do sexo feminino como membros de um gênero subordinado, na medida em que determinadas qualidades, bem como o acesso a certos papéis e esferas (da Política, da Economia e da Justiça, por exemplo) são percebidos como *naturalmente* ligados a um sexo biológico e não ao outro.

Sem adentrar aqui no que a teorização deixou todavia intocado — como a dicotomia natureza/cultura — importa referir que seu impacto no campo da Criminologia (antecedido pela Ciência do Direito) tem sido profundo e profícuo para a compreensão das relações entre criminalidade, sistema de justiça criminal (Lei-Polícia-Ministério Público-Justiça-sistema penitenciário-senso comum) e mulher/feminino.

Na arena dos saberes, talvez nenhum outro tenha sido tão prisioneiro do androcentrismo quanto a Criminologia, com seu universo, até então, inteiramente centrado no masculino: seja pelo objeto do saber (o crime e os criminosos); seja pelos sujeitos produtores do saber (os criminólogos). O *Homem criminoso* (1871-1876) título da histórica obra do médico italiano **César Lombroso**, é obra emblemática a respeito, muito embora — não se olvide — o próprio **Lombroso** já procurara, à época, conceder respostas causais aos crimes (tidos como excepcionais) das fêmeas. As perguntas no entanto possibilitadas pela perspectiva de gênero vão hoje — na esteira da Criminologia da reação social e Crítica (que deslocou o objeto criminológico do crime e do criminoso para o sistema de justiça criminal e o processo de criminalização por ele exercido) — muito além de **Lombroso** e seu tempo, culminando na chamada Criminologia feminista. A primeira pergunta refere-se, precisamente, à ausência secular da mulher, seja como objeto, seja como sujeito da Criminologia e do próprio sistema de justiça criminal. Refere-se aos silêncios do saber e do poder: o que sabemos da mulher no universo da chamada criminalidade (como autora e como vítima de crimes) e da criminalização? Por que as mulheres são muito menos criminalizadas do que os homens, como o evidencia a clientela pri-

sional do mundo ocidental? Praticam elas menos crimes? De que crimes se trata? Quando as mulheres passaram a acessar, com regularidade, funções no sistema de justiça? Como as exercem e que impacto tem sobre o sistema de justiça? Reprodutor ou transformador? Como o sistema de justiça criminal trata a mulher no seu interior (funcionária) e desde o exterior (como autora e vítima de crimes)? É possível responder a essas questões? Existe um incognoscível criminológico? Na bipolaridade de gênero, não será difícil visualizar, no estereótipo do macho heróico e público acima referenciado, as potencialidades do seu próprio *outro*, a saber, o anti-herói socialmente construído como o criminoso; como não será difícil visualizar, na mulher encerrada em seu espaço privado, o recato e os requisitos correspondentes à estereotipia da vítima. Aos homens poderosos e (im)produtivos, o ônus da periculosidade e da etiqueta criminal; às mulheres fragilizadas (como as crianças, os velhos, os homossexuais e outros excluídos do pacto da virilidade), o bônus? da vitimação. Empiricamente, são os homens que lotam as prisões, ao lado da incômoda presença de algumas mulheres, que nos Códigos sempre têm a seu favor a exculpante de um estado especial (puerperal, menstrual, hormonal, emocional) e à sua espera os manicômios, antes que as prisões. A loucura, os estados especiais, são os álbis de sua fragilidade: mulher só corresponde ao estereótipo de perigosa no trânsito!

Essas, entre outras tantas questões, ilustram a dimensão dos interrogantes e dos desafios teórico-práticos que a Criminologia e o sistema de justiça criminal estão interpelados a enfrentar num tempo de profundas transformações nas relações sexuais e de gênero, e em que não mais se legitimam nem *desigualdades inferiorizadoras*, nem *igualdades descaracterizadoras*. ◉

Nota

- (1) **BARATTA, Alessandro**. “O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana”. In **CAMPOS, Carmen Hein de** (Org). *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 21.

Vera Regina Pereira de Andrade
Doutora em Direito, professora nos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da UFSC e pesquisadora do CNPq e da Fundação Cassamarca (Treviso- Itália)

CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL

A Presidência da República promulgou, pelo Decreto Federal nº 5.015, de 12/03/2004, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova York, aos 15 de novembro de 2000.

Também foram promulgados os Protocolos Adicionais relativos ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea (Decreto Federal nº 5.016/2004) e à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças (Decreto Federal nº 5.017/2004).

BURLA DE ETIQUETAS

Salo de Carvalho

A edição de *Zero Hora*, de 23 de janeiro de 2004, novamente noticiou a caótica situação carcerária no Rio Grande do Sul. Muito embora inúmeras pessoas que trabalham com a questão penitenciária façam constantes elogios aos governos por manter o RS como o único Estado da federação a não aprisionar cidadãos em Delegacias de Polícia, o quadro retratado do Presídio Central de Porto Alegre, que abrigava cerca de 3.000 pessoas em menos de 600 vagas, revela uma política penitenciária que faria o inferno de Dante parecer algo de *Disney* (Galeano).

No entanto, apesar da situação atingir níveis de insuportabilidade, chama a atenção a forma como a Secretaria de Justiça e Segurança do Rio Grande do Sul (SJS/RS) conseguiu violar abertamente a Legislação Federal, produzindo ilegalidade (normativa) similar à imposição do suplício ocasionado pela superlotação (ilegalidade fática).

Em dezembro foi editada a Lei nº 10.792/03, cuja finalidade fora instituir o Regime Disciplinar Diferenciado nos cárceres nacionais. A nova política criou modelo de execução penal no qual o preso considerado "perigoso" sofrerá inúmeras restrições nos direitos previstos na Lei de Execução Penal e na Constituição. Contudo, correlato ao enrijecimento do cumprimento da pena, a nova lei, com intuito de otimizar/modificar o trabalho de psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais, entendeu que a eles não caberia mais a função de emitir laudos/pareceres, mas sim de elaborar programa individualizado com escopo de tornar menos aflictiva a pena e proporcionar ao preso retorno menos dramático ao convívio social. A justificativa foi de que os técnicos

não teriam condições de acompanhar adequadamente os apenados de modo a se capacitarem a realizar diagnósticos/prognósticos. Invertendo a lógica, determina que os profissionais, ao invés de ficarem em seus gabinetes, trabalhem junto aos presos no sentido de lhes auxiliar o retorno à sociedade.

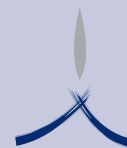
Todavia, a SJS/RS apresentou novo Regimento Penitenciário (Portaria 14/04) no qual, para que seja atestado "bom comportamento" (requisito para progressão de regime e livramento condicional), além da inexistência de faltas, seja o encarcerado submetido à avaliação psicológica e psiquiátrica. Em realidade, através de uma burla de etiquetas, a SJS/RS reintroduziu ilegalmente, pois não possui atribuição para tanto, a legislação revogada, revigorando o fracassado modelo de avaliação psicológica do condenado. Pior, através de uma portaria estadual, aferiu ultratividade à lei penal mais gravosa, visto que determina quantidade superior de requisitos para o gozo do direito, ofendendo toda a lógica formal e material do princípio constitucional de legalidade penal.

Assim, ao revigorar o modelo psiquiátrico da criminologia administrativa, a SJS/RS apóia o falido modelo carcerário que gerou o caos relatado pelo jornal, comunicando à comunidade jurídica que a única mudança permitida é aquela sugerida por **Lampeduza**: a mudança necessária para que tudo permaneça como está. (1)

Salo de Carvalho

Advogado, ex-presidente do Conselho Penitenciário do RS (2000/01) e professor do Mestrado em Ciências Criminais da PUC/RS

Salo de Carvalho



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: Alvino Augusto de Sá

PÓS-GRADUAÇÃO: Renato de Mello Jorge Silveira

REDES INTERNACIONAIS: Flavia D'Urso

NÚCLEO DE PESQUISAS: Alessandra Teixeira

COMISSÕES ESPECIAIS:

CONVÊNIO: Mariângela Lopes Neistein

ESTUDOS E DEBATES: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

HISTÓRIA: Tadeu Antonio Dix Silva

MONOGRAFIAS: Carmen Silveira de Moraes Barros

SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Theodomiro Dias Neto

COORDENADORES ESTADUAIS:

Ana Beatriz Baraúna Lopes (AM), Carmen da Costa Barros (DF), Edmundo Alberto Branco de Oliveira (PA), Fabio Ricardo Trad (MS), Fábio Roberto D'Ávila (RS), Fabíola Girão Monteconrado Ghidalevich (AM), Felipe Augusto Forte Negreiros Deodato (PB), Felipe Cardoso Moreira de Oliveira (SC), Fernando Luiz Ximenes Rocha (CE), Heloisa Estellita (DF), João Guilherme Lages Mendes (AP), Lena Rocha (RN), Marcelo Leonardo (MG), Maria Lúcia Karam (RJ), Maurício Kuehne (PR), Nilzardo Carneiro Leão (PE), Oswaldo Trigueiro Filho (PB), Paulo Vinicius Sporleder de Souza (RS) e Selma P. de Santana (BA).

BURLA DE ETIQUETAS

CURSO DE ATUALIZAÇÕES LEGISLATIVAS – ASPECTOS TEÓRICOS E ANÁLISE DOS REFLÉXOS NA PRÁTICA FORENSE

O IBCCRIM realizará, em 22/04, 29/04, 06/05, 11/05 e 13/05, às 19h, o *Curso de Atualizações Legislativas*, que abordará as seguintes leis: Lei nº 10.695/2003 (Propriedade Imaterial), Lei nº 10.701/2003 (Alterações da Lei de Lavagem de Dinheiro), Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), Lei nº 10.764/2003 (Alteração do ECA), Lei nº 10.792/2003 (Novo Interrogatório Judicial e Alteração da LEP - RDD), Lei nº 10.826/2003 (Lei do Desarmamento).

Informações sobre o conteúdo programático ou sobre inscrições: telefone (11) 3105-4607 r. 144 - e-mail: eventos@ibccrim.org.br - site: www.ibccrim.org.br.

“PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO”

O IBCCRIM e a OAB - Seção de São Paulo realizarão, no dia 23 de abril, às 9h30min, o evento “*Poderes Investigatórios do Ministério Público*”, com os doutores **Maurício Zanoide de Moraes**, **Mário de Magalhães Papaterra Limongi** e **Luis Fernando Camargo de Barros Vidal**.

Local: Auditório da OAB/SP.

Informações e inscrições: Praça da Sé, 385 (atendimento) ou pelo site www.oab.sp.org.br

O Editorial do *Boletim* nº 135, sobre “Os Poderes Investigatórios do Ministério Público”, ocasionou muitas cartas, ora com protestos, ora com elogios.

O IBCCRIM não dispõe de espaço para publicação de cartas e, por isso, incentiva a remessa de artigos científicos, sobretudo se forem assuntos polêmicos.

Abrimos uma exceção nesta edição, publicando, por solicitação de seu subscritor, a carta abaixo, em virtude de ter sido dirigida nominalmente ao Dr. Alberto Silva Franco, que aceitou respondê-la, sendo sua opinião a da Diretoria deste Instituto.

IBCCRIM, IDEOLOGIA E PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Sergio Gardenghi Suíama

Prezado dr. Alberto Silva Franco

Nunca tive o prazer de conhecê-lo pessoalmente, mas resolvi escrever esta carta porque eu e mais alguns estamos preocupados com os rumos que vêm sendo palmilhados pelo instituto fundado pelo senhor.

Refiro-me, especificamente, ao panfleto publicado na primeira página do último *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais* (“Poderes Investigatórios do Ministério Público”). Nele, os editores da publicação defendem a tese de que, “além da patente inconstitucionalidade”, a atribuição de poderes investigatórios criminais ao Ministério Público constitui “verdadeiro deserviço ao Estado de Direito”.

Não pretendo gastar seu tempo apresentando argumentos a favor da tese contrária. O senhor e os leitores já os conhecem bem. Em vez disso, gostaria de explicitar o que não foi dito pelos ilustres advogados que redigiram o opúsculo (estou errado em supor que os redatores são notórios advogados paulistas?).

Francamente, todos sabemos que a justiça penal, no Brasil, é uma justiça classista. Com efeito, não são políticos corruptos ou criminosos de colarinho branco que estão sendo brutalizados nas penitenciárias brasileiras. O público do sistema penal são os pobres que praticam crimes patrimoniais. Para eles, não há Constituição, não há devido processo legal, não há defesa, quiçá ampla. Quando não são mortos pela polícia, padecem com o preconceito e a insensibilidade de delegados, promotores e juízes. Conheci certa vez uma magistrada que mandava desinfetar a cadeira onde os presos sentavam. Houve também uma promotora de justiça que denunciou e manteve preso um jovem que havia tentado subtrair, sem violência ou grave ameaça, R\$ 0,60 (sessenta centavos!!!) da bolsa de uma senhora. Quanta diferença, porém, quando os réus pertencem à elite econômica nacional! A lei já os discrimina, concedendo-lhes privilégios. Os crimes por eles cometidos são praticamente impuníveis. Se muito, são condenados a entregar algumas cestas bá-

sicas a uma entidade assistencial. O dinheiro público que roubaram nunca será devolvido.

É nesse ambiente social, e não na estratosfera, que os debates merecem ser feitos. Afinal, como apontou Marx na *Ideologia Alemã*, a consciência está ligada de forma indissolúvel às condições materiais de existência, sendo, na verdade, uma representação invertida dessas condições. É legítimo, por isso, indagar se a tese defendida no editorial é universalmente válida (como ela pretende ser) ou é particular a uma determinada categoria de pessoas. Quem se incomoda com as investigações feitas pelo Ministério Público? Mais precisamente, quem são os investigados nos procedimentos instaurados por promotores e procuradores da República? Creio que, em sua maioria, são empresários, políticos e funcionários da Administração Pública (inclusive membros da própria polícia judiciária). O senhor acredita sinceramente que seria melhor para nosso Estado Democrático de Direito atribuir somente à polícia judiciária o poder para investigá-los? Pensa que a polícia está devidamente estruturada para isso? Acha que ela asseguraria maior imparcialidade ao inquérito? Poderíamos perguntar a opinião de Valdinei Sabino da Silva a respeito. Valdinei é pobre, tem 25 anos e trabalhava como garçom no interior de São Paulo, antes de suspeitarem que ele era o autor do homicídio de um rico empresário do setor de bebidas. Em agosto de 2003, policiais civis invadiram sua casa, quebraram tudo e depois o levaram até a delegacia, onde ficou preso por dezessete dias. Consta que lá foi torturado. O que diria Valdinei se lhe permitissem escolher seu investigador? Optaria ele pela polícia judiciária?

Dizia Foucault que os silêncios também são parte integrante das estratégias que apóiam os discursos. Pois bem, acho legítimo (afinal de contas sou associado) perguntar também por que este instituto, ou melhor, aqueles que atualmente o dirigem, dedicam tanta energia para combater os poderes investigatórios do Ministério Pú-

blico. Por que não reservar a primeira página do boletim para denunciar, por exemplo, o total descaso do governo de São Paulo para com o serviço de assistência jurídica aos mais pobres? Sabem os leitores que o número de Procuradores do Estado que atuam na assistência judiciária diminui a cada dia? Ou denunciar, ainda, o escandaloso prêmio dado aos sonegadores pela lei que instituiu o programa de parcelamento especial de débitos tributários (como é sabido, referida lei extinguiu a punibilidade do criminoso que efetuar, a qualquer tempo, o pagamento integral da dívida)?

O senhor há de concordar que esses temas não são muito caros aos editores (e aos clientes dos editores) deste *Boletim*. No lugar, acham mais proveitoso defender a “republicana” tese de que somente nossa polícia judiciária está autorizada a investigar. É um direito que lhes pertence. Mas que explicitem, então, os interesses particulares que defendem, os interesses de uma clientela selecionada, que tem dinheiro suficiente para lhes pagar algumas centenas de milhares de reais pela elaboração de uma boa defesa criminal. Que assumam que é para favorecer essas pessoas que estão advogando a tese restritiva.

Desculpe-me a rudeza das palavras. Saiba que compartilho com o senhor os ideais humanistas tantas vezes revelados em seus escritos. Quero crer que o senhor não está de acordo com aqueles que advogam a imunidade da lei penal para alguns poucos poderosos. Quero crer que o instituto criado pelo senhor continuará a defender, como sempre o fez, valores republicanos, democráticos e igualitários. Caso esteja enganado, por favor me comunique. ☹

Minhas cordiais saudações,

Sergio Gardenghi Suíama
Procurador da República criminal
em São Paulo. Foi Procurador do Estado,
lotado no serviço de assistência judiciária,
por quatro anos

Sergio Gardenghi Suíama

RESPOSTA

Alberto Silva Franco

Meu caro Sergio

Permita-me, embora não o conheça pessoalmente, tratá-lo num tom coloquial. Sua condição de associado do **IBCCRIM** já é suficiente para que se possa falar um ao outro com extrema franqueza. Quero manter-me também distante da discussão teórica sobre a questão dos limites dos poderes investigativos do Ministério Público. Minha preocupação é outra. Sua carta emocionada encerra, em verdade, um conjunto de considerações críticas sobre a atuação do **IBCCRIM** e da forma como a instituição está sendo conduzida. Na qualidade de um de seus fundadores e na condição de participante do dia a dia da instituição, não poderia, chamado à colação, deixar de prestar esclarecimentos.

O primeiro deles diz respeito à dimensão do próprio instituto. Se éramos noventa e três pessoas na data da fundação, em 1992, hoje somos mais de quatro mil associados. O crescimento do **IBCCRIM** obsta que se possa consultar cada associado para a tomada de posição institucional, a menos que se pretenda condená-lo à letargia total. Por isso, a Diretoria Executiva eleita pelos associados, em Assembléia Geral, para a qual todos são convocados e, no presente momento, constituída por quatro juizes e três advogados, tem necessariamente de posicionar-se sobre vários assuntos, o que tem sido realizado de forma reiterada. Ao fazê-lo, a Diretoria Executiva toma, como roteiro ideológico, os princípios contidos no art. 2º do seu Estatuto. É possível que muitos associados concordem e outros tantos discordem das manifestações da Diretoria Executiva do **IBCCRIM**, todas elas publicadas mensalmente através de editoriais que abrem o *Boletim*. Mas isso faz parte do jogo democrático. Se, pelo receio de desagradar algum associado ou alguma instituição, o **IBCCRIM** se visse na contingência de manter-se silente, a instituição perderia, sem dúvida, credibilidade científica, poria por água abaixo sua independência e faltaria à confiança dos seus associados.

O segundo esclarecimento que se faz necessário prestar é que o **IBCCRIM** sempre esteve presente na discussão das mais relevantes temáticas da realidade brasileira. Levando-se em conta apenas o biênio 2002/2003 e os meses iniciais do ano de 2004, o **IBCCRIM** manifestou-se de forma explícita sobre a redução da idade penal (*Boletim* nº 104), sobre a inamovibilidade e o juiz natural (*Boletim* nº 110), sobre a necessidade da Defensoria Pública, matéria que mereceu um boletim especial (*Boletim* nº 115), sobre a crise do sistema prisional (*Boletim* nº 119), sobre o regime disciplinar diferenciado (*Boletins* nºs 123, 126 e 134), sobre as generalizações perigosas a respeito das relações entre juizes e advogados (*Boletim* nº 124), sobre o Estado e a Criminalidade (*Boletim* nº 125), sobre o Movimento Antiterror (*Boletim* nº 127), sobre a Lei de Armas (*Boletim* nº 129), sobre a Reforma

do Poder Judiciário (*Boletim* nº 130), sobre Crianças e Adolescentes (*Boletim* nº 133). Não poderia, portanto, causar estranheza que o **IBCCRIM** emitisse — certa ou erradamente, nessa conjuntura — sua opinião a respeito dos poderes investigatórios do Ministério Público (*Boletim* nº 135). Isso evidencia, meu caro **Sergio**, que se tivesse efetuado a simples leitura desses diversos textos, não teria feito a afirmação gratuita e imponderada de que o **IBCCRIM** está a serviço de *interesses particulares* de profissionais da advocacia criminal e de que não aborda nenhum dos temas mencionados na sua carta porque *esses temas não são muito caros aos editores (e aos clientes dos editores) deste boletim*. Lamento enormemente, meu caro **Sergio**, que tenha descido a esse nível de argumentação. Não é, através desse tipo de desqualificação ética de quem lhe é oponente, que poderá defender, com sucesso, a tese ampliativa dos poderes investigatórios do Ministério Público.

Queria, numa derradeira consideração, dizer que a história de uma instituição, como o **IBCCRIM**, não se constrói mercê de favores governamentais ou de atendimentos a interesses escusos de pessoas ou de instituições. Nesses quase doze anos de atividades em contínuo crescimento, o **IBCCRIM** nunca necessitou desviar-se um milímetro sequer de seus objetivos e foi sempre mantido por seus associados, sem recorrer a outras fontes de sustentação. São mais de dez anos da *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, a única publicação de absoluta periodicidade na América Latina e do *Boletim do IBCCRIM* que atinge um público superior a vinte mil pessoas. São dez anos de Seminários Internacionais. A Biblioteca é referência nacional; o *site* possui um caráter informativo de largo espectro; o laboratório reúne, para palestras, estudantes de várias universidades; os cursos acontecem por todo o País; o núcleo de pesquisa elabora trabalhos de altíssimo nível sobre a realidade social brasileira. Tudo isso representa a consagração da seriedade científica, da competência e da honestidade do **IBCCRIM** que se põe, por isso, acima de agravos movidos pela paixão ou pela irracionalidade.

É bem possível, meu caro **Sergio**, que não tenha tomado conhecimento, como associado, de tudo quanto foi gerado no **IBCCRIM** nesses anos estafantes de trabalho. Mas lhe asseguro que nada foi feito que não possa ser motivo de orgulho para seus associados. Por tudo isso, é que não vejo razão para preocupar-se tanto com os rumos seguidos pela instituição. O **IBCCRIM** continua e continuará na mesma linha de direção sem concessões, sem desvios, sem temores. ☺

Um abraço,

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

Alberto Silva Franco



IBCCRIM

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@mgnet.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

A PRESERVAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL PELA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA (OU DO DIREITO DE DEFENDER-SE PROVANDO)

André Boiani e Azevedo e Édson Luís Baldan

André Boiani e Azevedo e Édson Luís Baldan

“O envolvido jamais deve ser tratado como estranho, em procedimento preparatório ou preliminar. Afastá-lo, para obstar o exercício do direito de defesa, que não se confunde com o contraditório, quebranta a Constituição da República. Ocultar-lhe as intercorrências, durante o processo administrativo, impede a descoberta da verdade criminal atingível, a dano da sociedade e da ética administrativa.”

(Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, em derradeiro escrito)⁽¹⁾

Dizia Carnelutti que *“os discursos, as formações trazidas pelo defensor e pelo acusador se assemelham a uma roda giratória colorida. Ao girar rapidamente, as cores produzem luz”*⁽²⁾. Ninguém poderia hoje, racionalmente, negar que essa luz tem se refletido com uma opacidade maior para o defensor, isto porque a limitação de instrumentos defensivos, de um lado, e a hipertrofia dos mecanismos repressores, de outro, têm dificultado a vinda das cores da defesa para os domínios do processo penal, constatação que conduziria à admissão de que seguimos violando sistematicamente a cláusula constitucional do devido processo legal.

Adaptando o magistério de Rogério Lauria Tucci⁽³⁾, é possível a visualização de um tripé de garantias que expressam ontologicamente a cláusula do devido processo legal: a) regramento legal emanado de agências legislativas legítimas e continente de disposições intrinsecamente justas e razoáveis; b) instrumento adequado de aplicação dessas normas jurídicas, especialmente o inquérito policial, o termo circunstanciado e o processo judicial; c) paridade de armas entre os sujeitos parciais, sendo o equilíbrio de situações entre eles o reflexo das disposições legais sobre a realidade processual.

Dessarte, a partir dessa tríade, torna-se possível perquirir, objetivamente, acerca da legalidade ou ilegalidade constitucional da atuação estatal no processo penal formulando, diante de uma realidade concreta, as três indagações que lhes correspondam: a) preexiste norma legal equânime disciplinando essa atuação, ou seja, é **“legal”**? b) essa disposição legal está sendo exercitada através do instrumento legal apropriado, isto é, há **“processo”**? c) esse instrumento processual próprio assegura a isonomia substancial de atuação das partes, vale dizer, é **“devido”**?

A resposta negativa a pelo menos um desses quesitos arreda, inexoravelmente, a legitimidade da atividade persecutória penal do Estado em face do imputado, permitindo entrever atuação arbitrária, porque ilegal, de seus agentes que, assim alongados da legalidade, conspurcam a garantia constitucional do devido processo legal, violam direitos fundamentais do cidadão e, como consequência última, propiciam julgamentos injustos através de procedimentos iníquos, não sendo o caso de invocar-se

a prevalência dos *“reclamos a valores de objetividade e eficiência, voltados à salvaguarda das posições de primazia dos poderes públicos”*⁽⁴⁾.

O histórico descaso doutrinário pela fase preliminar investigatória da persecução somente agora vem apresentar seus agudos reflexos, com a instalação de verdadeira anomia em que poucos têm enxergado, com a clarividência desejável, os funestos resultados ao *jus libertatis* do cidadão imputado, indefeso à atuação de qualquer órgão estatal que se autodeclare competente para perscrutar seus atos e indigitá-lo, *coram populo*, como infesto delinqüente. O processo penal, em especial na fase administrativa, há muito deixou de ser o instrumento garantista para frear o ímpeto do *jus puniendi* em face do imputado na imposição da pena criminal para, agora, converter-se em melancólico espetáculo, qual fogueira da inquisição medieval, em cujas labaredas devem crepitar os neo-hereses (com todos seus direitos, garantias e imagem) para euforia da choldra ensandecida que ao carrasco presta reverência. Os meios transmutaram-se em fim.

Na discussão desse tema peca-se reiteradamente porque, a um só tempo, omitem-se cinicamente os inconfessáveis interesses institucionais corporativos envolvidos, e, pior, emitem-se da discussão os legítimos detentores dos interesses superiores encasulados no objeto da parlenga: o imputado e seu defensor.

Escreveu José Frederico Marques *“a persecução criminis apresenta dois momentos distintos: o da investigação e o da ação penal. Esta consiste no pedido de julgamento da pretensão punitiva, enquanto que a primeira é atividade preparatória da ação penal, de caráter preliminar e informativo”*⁽⁵⁾.

Nesse tema não destoou o saudoso professor Sérgio Marcos de Moraes Pitombo ao escrever, com a autenticidade e coragem que o singularizaram eternamente, que se impunha *“reexaminar o conceito de instrução criminal, com os olhos postos na realidade sensível. Entender que, entre nós e não obstante a pouca importância dada, não desapareceu a formação de culpa, como maneira de proteger a liberdade e a honra dos indivíduos. Perceber a evidência de que, no inquérito policial, o suspeito e o indiciado não se podem ver tratar como estranhos, excluindo-se o exercício do direito de defesa”*⁽⁶⁾.

Sabemos, ainda, os operadores do Direito que, na prática, o contingente probatório, em comparação com os elementos de que é continente o prévio inquérito policial, raramente será dilargado na fase instrutória judicial. Esse motivo bastaria para a sustentação de que a dialética deve, sim, ser exercitada em sua plenitude, ainda na fase de investigação administrativa, pena de ferimento irreversível à garantia clausulada do devido processo legal, pois como sustenta Luigi Ferrajoli *“para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária,*

por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às careações”⁽⁷⁾.

Afinados com esse entendimento autorizado, pensamos que o princípio constitucional do devido processo legal é vetor garantista que, numa correta acepção material, perpassa os estreitos lindes da relação judicial e se projeta, igual e necessariamente, sobre a fase inquisitiva antejudicial, tornando cogente o respeito ao direito do indigitado em confrontar efetivamente com o Estado-Investigador, cuidando-se, naturalmente da adequação dos meios e formas para o exercício dessa prerrogativa defensiva sem a exclusão, ao revés com a coincidência, do interesse social.

Afinal, no sistema acusatório brasileiro, onde o imputado recebeu a unção do *due process of law*, não faria sentido postergar, via torta exegese, o alcance dessa garantia para um momento tardio da persecução quando o elenco de provas, serviente à livre convicção judicial, estivesse praticamente construído.

Segundo a Corte Suprema da Alemanha, o advogado exerce uma *“profissão de confiança ligada ao Estado, que lhe outorga uma posição similar à dos funcionários obrigados quanto à verdade e à justiça”*⁽⁸⁾. Igualmente, entre nós, assentado constitucionalmente ser o advogado imprescindível à administração da Justiça, a qual, na figuração de instrumento de aplicação da pena criminal, também vem exercitada pelos órgãos estatais incumbidos (ou auto-investidos mesmo extralegalmente) na função de polícia judiciária, inexorável o seguinte desenlace silogístico: a ação do defensor é, também, absolutamente indispensável no estágio de investigação pré-judicial da infração penal.

Como consectário desse raciocínio, mister que a autoridade policial, como presidente da fase investigatória administrativa reservada à ação da polícia judiciária, preserve, no âmbito de suas atribuições, a garantia do devido processo legal, potencializando o uso da disposição garantista encerrada no artigo 14 do Código de Processo Penal, propiciando que nos autos do inquérito policial ingressem, também, os elementos de prova (dês que legítimos) de interesse da defesa da pessoa sujeita à investigação ou indiciamento.

Afinal, retirar do inquérito policial o imperativo de subsunção à isenta verdade, proclamando sua vinculação teleológica com os interesses exclusivos da parte processual acusatória, é subtrair-lhe, como consequência, o matiz equitativo e veritativo para, então, transformar a autoridade policial e seus agentes em cegos perseguidores da culpa do inves-

➔ tigo, com amplas espaldas para as razões e direitos deste.

Parece-nos ainda mais grave o que ocorre com as infrações penais de menor potencial ofensivo, para as quais sequer existe a possibilidade de investigação através de inquérito policial, mas sim, mero registro do denominado termo circunstanciado (art. 69 da Lei nº 9.099/95). Para tais infrações criou-se verdadeiro absurdo, que pode ser resumido à seguinte frase: *“vítima será a parte que primeiro dirigir-se à presença da autoridade policial”*. Sim, pois, tendo em vista a ausência de investigação, é remetida ao Juizado Especial apenas e tão somente a versão da parte que se auto-denomina vítima, muitas vezes levada a tanto por razões inconscientes (interesses cívicos, vingança, etc.).

Nesses casos, o apontado autor do fato simplesmente é intimado a comparecer ao Juizado para “audiência de conciliação”, sem que seja-lhe permitido sequer apresentar sua versão dos fatos. Após, se não houver acordo, o Ministério Público, de posse apenas dos elementos trazidos pela suposta vítima, oferece-lhe outro “benefício”, qual seja, a transação. Ora, caminha-se com um procedimento criminal sem qualquer possibilidade sequer de depoimento do suposto autor do fato! E, se este não aceitar a transação, terá contra si oferecida formal denúncia para, só então, poder apresentar a chamada “resposta à acusação”.

Em nosso País, como anota **Rogério Bastos Arantes**, *“de todos os elementos que compõem o voluntarismo político do Ministério Público, a caracterização da sociedade brasileira como hipossuficiente — ou incapaz de defender-se a si mesma — é sem dúvida o mais importante”*⁽⁹⁾, o que tem deitado reflexos também no âmbito da persecução criminal, com a exclusividade na promoção da ação penal pública, conferida na Constituição de 1988, bem como na tolerância de alguns Tribunais às recentes investidas ao exercício direto das investigações de delitos, em substituição à polícia judiciária, sob argumentos vários, inclusive com a importação da teoria de “poderes implícitos” do modelo anglo-saxão⁽¹⁰⁾.

Desaceitamos a argumentação de poderes estatais implícitos contra garantias individuais explícitas: quem pode o mais poderá o menos se, e somente se, este *minus* não violar ou ameaçar direitos do cidadão, exceto se se acolher incondicionalmente a teoria da “pleonexia”, segundo a qual, ensina-nos **Zaffaroni**, *“o mais forte estaria legitimado pelo mero fato de sê-lo”*⁽¹¹⁾. Diverso entendimento icaria o Ministério Público a “papel de parte não justaposta, nem paritária, mas sim o de parte privilegiada, em detrimento do sistema acusatório, prejudicando, visceralmente, a tarefa de valoração dos elementos de investigação coligidos no inquérito policial”⁽¹²⁾.

E, já que lançamos vistas a sistemas alienígenas, com todo o inconveniente e perigo que essa operação comparatista acarreta, constatamos que na Inglaterra o Ministério Público é de criação recentíssima, eis que somente em 1985 foi criado o Serviço de Persecução da Coroa, com espectro de atuação

bastante restrito, haja vista imperar naquele país um *“sistema processual penal de iniciativa privada, em virtude da possibilidade da ação penal ser ajuizada por atuação da vítima ou de qualquer cidadão”*⁽¹³⁾. Na prática, cabe à polícia, que investiga, o dever de, na seqüência, promover a ação penal em juízo, com a assistência jurídica de um advogado (*solicitor*).

Nesse sistema, pouco conhecido e estudado entre nós, da mesma forma como o *solicitor* da polícia busca provas para apresentação em Juízo, igualmente o *solicitor* da defesa colhe os elementos favoráveis ao seu cliente. Consegue-se, assim, nas palavras de **René David**, um *“processo entre particulares: não é uma luta desigual entre um acusador público, vestindo uma toga de juiz, sentando-se no mesmo estrado do juiz, tendo relações de amizade com este, e um pobre coitado sobre o qual pesam, desde a origem do processo, as suspeitas. O processo inglês se desenrola entre dois cidadãos, pouco importante que um deles, o que acusa, exerça a profissão e vista o uniforme de policial; aquele que acusa e aquele que se defende estão, abaixo do juiz inglês que vai arbitrar suas pretensões adversas, num mesmo plano”*⁽¹⁴⁾. Intui-se, com isso, que a civilidade do processo, em última análise, reside na civilidade do direito à prova.

Modelo diametralmente oposto nos oferece a Itália, onde Ministério Público, como integrante da carreira da Magistratura, dispõe de plena autonomia funcional e de amplos poderes de investigação, restando à polícia judicial, após uma intervenção inicial, a transmissão da notícia do crime ao promotor público que, desde logo, cuidará de dirigir as diligências apuratórias restantes. *“O pubblico ministero italiano, além de dispor integralmente da polícia para as tarefas investigativas, dispõe também da utilização de qualquer força pública”*⁽¹⁵⁾.

Se intentássemos uma aproximação, pela similitude operacional, de um desses dois sistemas ao brasileiro, decerto que o mais afinado ao nosso não seria o britânico, mas sim o peninsular. Neste, pois, devemos buscar subsídios para uma intelecção paragonada do exato papel do defensor no processo penal, com sintética abordagem do singular mecanismo da **investigação defensiva** como ali concebido.

Para aclarar o objeto e objetivo de nossa reflexão, principiemos com um enunciado conceitual necessário que, a partir do estudo daquele instituto italiano, elaboramos: *entende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na antejudicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consulente técnico e/ou investigador privado autorizado, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficiais*.

Após a superação do modelo inquisitivo e

a implantação do sistema acusatório no estatuto Rocco, assistiu o processo penal italiano à introdução da expressão “investigação do defensor”, pela primeira vez, com a alcunhada “Lei Carotti” (Lei nº 479, de 16-12-1999, em vigor desde 03-01-2000), a qual, embora com o mérito de conferir dignidade codificada à investigação defensiva, apresentou deficiente disciplina para pleno exercício dessa facultade.

Finalmente a Lei nº 397, de 07-12-2000, alterando os artigos 327 e 391 do código de ritos italiano, introduziu disposições específicas em matéria de investigação da defesa, atribuindo ao advogado o direito-dever de, coadjuvado ou não por peritos técnicos e investigadores privados, empreender inúmeras ações tendentes à produção de evidências probatórias favoráveis a seu assistido, para tanto sendo-lhe permitido: a) promover o colóquio não documentado, consistente na entrevista pessoal e informal a potenciais testemunhas; b) receber ou colher (sem a presença do imputado, da vítima ou de outras partes privadas) declaração escrita de pessoas, com a cominação de crime de falso testemunho (excluídas as que, já ouvidas no inquérito ou processo, estão proibidas de depor perante o defensor); c) requerer laudos periciais ou, então, produzi-los através de assistentes técnicos; d) efetuar vistoria em coisas ou inspecionar lugares públicos ou privados (exceto aqueles abrangidos pela expressão “casa”), em caso de dissenso do particular requerendo expedição de autorização judicial; e) solicitar documentos em poder da Administração Pública, deles extraindo cópias, e, finalmente, f) formar o instrumento para documentação dessas atividades visando ao seu posterior encarte em qualquer estágio do inquérito ou processo. Tal tarefa, não adstrita a ritos ou formas, pode ser desenvolvida em qualquer fase ou grau da persecução penal ou, ainda, em caráter meramente preventivo, isto é, diante da possibilidade de instauração de eventual procedimento criminal.

Perceptível que o advogado, nessa inédita sistemática, detém a direção, o controle e responsabilidade da investigação defensiva e, portanto, *“não é mais o espectador passivo do desenrolar processual, mas assume um papel dinâmico no processo. Isto comportará naturalmente tempos de empenho mais dilatados e uma profusão de energia maior. Desaparece a velha figura do defensor de gabinete, assim como visto pelo cidadão — e admitimos por todos nós — porquanto também este defensor deverá ser sujeito dinâmico do processo”*⁽¹⁶⁾.

As vantagens da investigação a cargo do defensor são inegáveis e interessam ao panorama processual penal em geral, *“seja porque permite à defesa preparar-se adequadamente e sustentar a própria tese, seja porque contribui a garantir o direito à prova em qualquer estado e grau do procedimento, seja, enfim, porque volta-se a realizar cabalmente o princípio de paridade que, como já dito, constitui uma das pilstras sobre a qual se funda a reforma do justo processo”*⁽¹⁷⁾.

No sistema italiano existe, ainda, como ➔

garantia do imputado, o aviso de conclusão da investigação preliminar, oportunidade em que o Ministério Público, de posse dos elementos colhidos pela polícia judiciária, mas antes de intentar a ação penal, “*formula uma primeira embrionária imputação mediante a enunciação sumária do fato e põe sobre a mesa todas as suas cartas*”⁽¹⁸⁾, notificando-se o investigado para conhecer as provas, contestá-las, produzir ou requerer outras, sendo possível ao advogado valer-se dos elementos de convicção que ameahou em seu inquérito defensivo e que poderiam, inclusive, dissuadir o juiz de acatar a acusação ministerial.

Claro que o modelo peninsular ainda afronta dificuldades operativas várias, em especial pela cultura hostil à atuação das agências investigativas privadas que, de resto, não contam com suficientes profissionais qualificados, tampouco supervisionados por entidade de classe e jungidos a código deontológico.

A dúvida possível quanto ao momento preciso em que se possa exercitar o direito defensivo, por força da assunção da condição de imputado, parece restar esclarecida nas palavras de **Antônio Scarance Fernandes**, para quem “*a imputação é um juízo pelo qual se atribui a alguém a prática de fato penal relevante, ou seja, de fato que se ajusta a uma norma incriminadora. Varia o momento desse juízo, assim como o substrato fundante desse juízo, mas se trata sempre de um juízo. Normalmente se expressa por ato determinado: indiciamento, denúncia, determinação judicial de prisão cautelar ou de outra medida restritiva, mas também pode revelar-se pela maneira como a pessoa passa a ser tratada pela autoridade encarregada da persecução*”⁽¹⁹⁾. A aplicação poderia ocorrer inclusive na Lei dos Juizados Especiais Criminais, em especial quando prevê que somente poderá o Ministério Público propor a transação penal *quando não for o caso de arquivamento*. Ora, somente será possível avaliar se é o caso ou não de arquivamento quando houver nos autos ao menos as versões das duas partes envolvidas, o que poderia ser muito bem garantido através do inquérito defensivo.

Esperado que adoção desse instrumento, ora apenas esboçado, tivesse algumas consequências imediatas: a) aprimoramento da investigação policial como contraponto eficaz às provas produzidas pelo defensor, obrigando a polícia judiciária e o ministério público à busca de contínuo aperfeiçoamento técnico-científico; b) criação (ou desenvolvimento) de uma categoria profissional, a dos

investigadores privados; c) estímulo ao culto das ciências afins ao Direito Penal, como a Criminalística, Criminologia, Medicina Legal, com a conseqüente necessidade de adequação do ensino técnico e superior; d) redimensionamento da estatuta jurídica do Advogado (dentro e fora do processo), transmutando-o da condição de mero espectador inerte e inerte para a posição de ativo protagonista na formação da prova criminal; e) obrigação da motivação judicial na admissão da acusação, criando-se verdadeiro juízo de prelibação que arredaria a instauração da instância judicial quando insuficientes os elementos indiciários; f) maior proximidade do processo penal com a verdade real pelo fortalecimento da prova criminal, com a conseqüente serenidade do magistrado ao proferir seu *decisum*, pois com ouvidos às razões produzidas por acusação e defesa em perfeita *égalité des armes*.

Argumentar-se-á, com razão, a ausência de previsão legal expressa para a implantação imediata do inquérito defensivo que, destarte, seria pouco menos que utopia. Ademais, há de socorrer ao defensor o dogma sagrado constitucional da isonomia: os mesmos juízes, complacentes com a investigação extralegal do Ministério Público na proteção da “sociedade”, não poderiam, pena de ofensa à *uguaglianza delle armi*, obstar a ação simétrica do advogado criminalista na defesa, não menos nobre, daquele que, constitucionalmente, é presumido não-culpado. Auguramos, outrossim, seja ouvido **Montesquieu**, para quem uma coisa não é justa somente pelo fato de ser lei, mas deve ser lei porque justa. ◉

Notas

- (1) In: *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, IMPP*, edição n° 22, jun-jul-ago/2003, p. 3.
- (2) **CARNELUTTI, Francesco**. *As Misérias do Processo Penal*. São Paulo: Edicamp, 2001, p. 43.
- (3) **TUCCI, Rogério Lauria**. *Teoria do Direito Processual Penal. Jurisdição, Ação e Processo Penal (Estudo Sistemático)*. São Paulo: RT, 2002, pp. 202/204.
- (4) **MAFFEI, Stefano**. *Il Diritto al Confronto con L'Accusatore*. Piacenza: La Tribuna, 2003, pp. 25/26.
- (5) **FREDERICO MARQUES, José**. *Elementos de Direito Processual Penal*, volume I. Campinas, SP: Bookseller, 1997, p. 128).
- (6) In: *Boletim IBCCRIM*, Edição Especial, ano 7, n° 83, out/1999, p. 14.
- (7) **FERRAJOLI, Luigi**. *Diritto e Ragione. Teoria del Garantismo Penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 490.
- (8) **GÖSSEL, Karl Heinz**. “La Defensa en el Es-

tado de Derecho y las Limitaciones Relativas al Defensor en el Procedimiento contra Terroristas”, in: *Doctrina Penal, Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, ano 3, n° 9 a 12. Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 229.

- (9) **ARANTES, Rogério Bastos**. *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: EDUC, 2002, p. 127.
- (10) Teoria cunhada pela Suprema Corte norte-americana no caso *MacCulloch vs. Maryland*, segundo a qual, quando o constituinte concede a determinado órgão ou instituição uma função (atividade-fim), implicitamente estará concedendo-lhe os meios necessários ao atingimento do seu objetivo, sob pena de ser frustrado o *munus* constitucional que lhe foi cometido (cf. **Aloísio Firmos Guimarães da Silva, Maria Emília Moraes de Araújo e Paulo Fernando Corrêa**, in: *Boletim IBCCRIM Jurisprudência*, maio/1998, n° 66).
- (11) **ZAFFARONI, Eugenio Raúl**. *Em Busca das Penas Perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 20.
- (12) **MACHADO, Nélio Roberto Seidl**. “Notas sobre a Investigação Criminal, Diante da Estrutura do Processo Criminal do Estado de Direito Democrático”, in: *Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p. 153.
- (13) **SANTIN, Valter Foletto**. *O Ministério Público na Investigação Criminal*. Bauru, SP: Edipro, 2001, p. 118.
- (14) **DAVID, René**. *O Direito Inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 50.
- (15) **MENDRONI, Marcelo Batlouni**. *Curso de Investigação Criminal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 122.
- (16) **STEFANI, Eraldo; DONATO, Fabrizio di**. *L'Investigazione Privata nella Pratica Penale, Guida alla Indagine Difensiva per Avvocati, Investigatori Privati e Consulenti Tecnici*. Milano: Giuffrè, 1991, p. 02.
- (17) **SCORZA, Franco; SCORZA, Paola**. *L'Attività Investigativa del Difensore nel Giusto Processo*. Piacenza: La Tribuna, 2003, pp. 64/65.
- (18) **MORETTI, Paolo**. “Indagini Del Pubblico Ministero ed Estensione delle Garanzie Difensive”, in: *Rivista L'Indice Penale*, Nuova Serie, Anno IV, n° 1., gennaio-aprile/2001. Milano: Cedam, 2001, p. 413.
- (19) **FERNANDES, Antonio Scarance**. *A Reação Defensiva à Imputação*. São Paulo: RT, 2002, p. 103.

André Boiani e Azevedo
Advogado, professor e mestre em Direito Penal, PUC/SP

Édson Luís Baldan
Delegado de Polícia, professor, especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, mestre e doutorando em Direito Penal, PUC/SP

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL ECONÔMICO INTERNACIONAL

Realização: Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu da Universidade de Coimbra, Portugal, e IBCCRIM.

Datas: 05 de agosto a 27 de setembro

Professores: dr. **Arnaldo Malheiros Filho**, dr. **José de Faria Costa**, dr. **Rodrigo Sánchez Ríos**, dra. **Maria João Antunes**, dra. **Cláudia Santos**, dra. **Anabela Rodrigues**, dr. **Manuel da Costa Andrade**, dr. **Antonio Sérgio A. de Moraes Pitombo**, dr. **Rui Stoco** e dr. **Jorge de Figueiredo Dias**.

Local: Auditório da APAMAGIS, São Paulo – SP

Informações e inscrições pelo telefone (11) 3105-4607 r. 144 ou pelo e-mail: eventos@ibccrim.org.br

NOVA ORDEM JURÍDICA CIVIL (LEI Nº 10.406/2002) E REFLEXOS NO DIREITO PENAL

Edimar Carmo da Silva

Edimar Carmo da Silva

I. Do Direito enquanto sistema jurídico

É questão assente que o Direito é formado por um conjunto de normas que devem guardar harmonia entre si, daí se tendo a noção de ordenamento jurídico ou de sistema jurídico.

Acentue-se que sistema dá idéia de reunião, conjunto, todo, organização e funcionamento harmônico entre as diversas coisas que o compõem, assim como se dá na análise de processos por algumas ciências da natureza, *vg.*, pela Ciência Biológica e pela Cibernética. Em efeito, no mundo do Direito, após expor diversas definições de sistema jurídico por alguns pensadores da Ciência Jurídica, **Claus-Wilhelm Canaris** aponta duas características emergentes de todas as definições, quais sejam: as idéias de *ordenação* e de *unidade*. Segundo **Canaris**, com a *ordenação* se pretende evitar qualquer restrição precipitada de um estado de coisas fundadas no mundo da realidade; pela *unidade*, busca-se modificar o que resulta da ordenação a não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais⁽¹⁾.

De fato, pela ordenação se tem que os dados da realidade, no caso do Direito, se mostram evidentes pelas normas existentes e que regem as relações de certa comunidade. A unidade, por sua vez, não permite a dispersão dessas mesmas normas de modo a formar *“singularidades desconexas”*, exatamente porque são reconduzidas a certos princípios fundamentais.

Nessa perspectiva, percebe-se que o sistema jurídico se forma pelo conjunto de todas as normas jurídicas nele inseridas, frise-se. Por essa noção não merece espaço compreender que esse mesmo sistema seja fragmentado em subsistemas de modo que as normas jurídicas, *vg.*, das relações civis, desconheçam os fundamentos das administrativas, ou que ambas ignorem as normas penais, ou que as penais prescindam daquelas. Daí se tem a clássica formulação de que, na verdade, as normas penais devem guardar harmonia com todas as demais normas administrativas e civis. Além do que todas devem estar de acordo com uma norma superior (constituição, escrita ou não escrita) componente do mesmo ordenamento. A norma penal aparece como que mais concentrada e de caráter subsidiário (mas dependente) em relação às demais normas (civis e administrativas). Em outras palavras, e a título de exemplo de interação das normas, pode-se expressar que: se há regra incriminadora da conduta de quem subtrai coisa alheia é porque o resto do mesmo ordenamento regula o direito da propriedade individual; se a norma penal concede determinado direito ou

garantia a certo imputável é porque esse mesmo direito/garantia deve guardar relação e fundamento nas demais normas civis que tratam da capacidade de compreensão/aptidão para a vida civil e, ainda, que não viole o princípio básico da igualdade de tratamento de todos perante a lei.

II. Da origem histórica da causa atenuante da menoridade na legislação penal brasileira.

A causa atenuante da pena, pela menoridade, entre nós, sempre teve como suporte fático o tratamento civil conferido à pessoa considerada *menor* de vinte e um anos de idade. Não foi por razão diversa que já o Código Penal do Império (1831) tratava o menor imputável de acordo com o critério da menoridade fixada na lei civil, vale dizer, mantendo-se em harmonia com o critério da maioridade civil a partir dos vinte e um anos de idade, então vigente. Nesse particular merece registro a lição de **Clóvis Bevilacqua** que, comentando o Código Civil de 1916, justificava que a regra da maioridade a partir dos vinte e um anos de idade se afinava à ordem jurídica anterior firmada pela “Resolução de 31.10.1831”⁽²⁾, tempo em que se fazia a distinção entre menores impúberes (menos de quatorze anos) e menores púberes (acima de quatorze e menos de vinte e um anos).

Exatamente porque afinado com a norma civil foi que o Código Penal do Império, pelo § 10 do art. 18 da Seção II do Capítulo III do Título I, preceituava dentre as *“circunstancias atenuantes dos crimes”* a de *“ser o delinqüente menor de 21 annos”*. Pelo mesmo fundamento seguiu o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, de 1890, quando no § 11 do art. 42 também fixou dentre as *“circunstancias atenuantes”* ser o *“delinqüente menor de 21 annos”*⁽³⁾.

Não por outra razão o Código Penal de 1940 seguiu, em harmonia com a norma civil do Código de 1916, regravando como causa atenuante da pena a circunstância de ser o autor do crime menor de vinte e um anos de idade, assim fundado em que tal pessoa ainda não era considerada juridicamente capaz para todos atos da vida em face da presunção legal de ainda não ter personalidade e caráter completamente formados.

III. A nova ordem jurídica civil e a ordem jurídica penal: interação com efeito de fulminar o suporte fático da causa objetiva da atenuante da pena para autor de crime menor de vinte e um anos de idade

A literatura jurídica brasileira é assente no

sentido de que a causa atenuante da pena fundada na condição do agente ser menor de vinte e um anos, prevista no inciso I do art. 65 do Código Penal, tem/tinha como suporte fático o fato de que o agente, *“por sua própria personalidade e caráter não totalmente formados, deve merecer tratamento distinto do que recebem os adultos”*⁽⁴⁾.

Para fins jurídicos, personalidade e caráter totalmente formados somente se dão com o reconhecimento da maioridade plena para a prática de todos os atos na ordem jurídica. Para esse efeito, não há outro critério determinante de tal reconhecimento senão pela regra estabelecida pela norma civil que regula a idade/capacidade da pessoa. Exatamente por isso é que o Direito Penal tratava de modo mais benéfico o agente que tivesse menos de vinte e um anos de idade, vale dizer, para guardar relação de harmonia com a ordem civil que não reconhecia a capacidade plena para a pessoa que tivesse mais de dezoito e menos de vinte e um anos de idade (art. 9º da Lei nº 3.071/1916). Eis a razão de ser (*ratio*) da causa atenuante. Existia ela para conceder um prêmio à pessoa que o ordenamento jurídico então vigente considerava ainda com personalidade e caráter em formação.

Ocorre que em 12.1.2003 entrou em vigor a Lei nº 10.406/2002 que tratou a matéria de modo diverso. Trata-se da lei que instituiu entre nós o novo Código Civil. Precisamente o art. 5º da referida lei passou a reconhecer que a menoridade cessa aos dezoito anos de idade completos e, assim, a pessoa encontra-se habilitada para a prática de todos os atos da vida.

Assim, em que se deu a revogação da disposição contida na norma civil (art. 9º da Lei nº 3.071/1916) que tratava a pessoa menor de vinte e um anos de idade uma pessoa com personalidade ainda não formada, vale dizer, ainda não adulta, tem-se que o novo tratamento jurídico conferido à pessoa maior de dezoito anos atinge de cheio o suporte fático-jurídico do benefício da atenuante da pena firmado na condição de o agente ser menor de vinte e um anos de idade exatamente porque, agora, a pessoa maior de dezoito anos de idade é considerada habilitada para a prática de todo ato da vida civil, merecendo registrar que o conjunto das normas civis (porque maior) engloba o conjunto das normas penais (porque menor), como já dito. Vale dizer, agora a pessoa maior de dezoito anos é considerada adulta, não sendo por demais ditar que a nova ordenação civil não somente presumiu como regrou, salvo condição excepcional, que toda pessoa maior de dezoito anos de idade já possui personalidade e caráter formados. Vê-se que resta por demais claro que

➔ a nova ordem civil fulminou o suporte fático da causa atenuante da pena fundada na condição de o agente ser menor de vinte e um anos de idade.

Observe-se que o suporte fático da causa atenuante da pena fundada em que o agente tenha menos de vinte e um anos de idade não guarda relação alguma de simetria com idade de imputabilidade penal. Tais questões são por demais distintas e, nesse particular, a nova norma civil nenhum efeito teve na norma penal. Enquanto a primeira (causa atenuante da pena), como antes dito, tinha como fundamento a consideração de que o agente ainda não tinha caráter e personalidade formados — vale dizer, não era considerada adulto —, o critério orientador da imputabilidade tem acento, entre nós, em norma constitucional e se funda na presumível capacidade de entender o caráter ilícito do fato.

Para aqueles que defendem que a nova norma civil não teve repercussão na norma penal, ao argumento de que não se cogita da eliminação da mesma causa para o maior de setenta anos de idade, não se pode esquecer que, nesse particular, de fato a nova ordem civil não teve repercussão na ordem penal em vista de que o critério da **benesse** em favor do maior de setenta anos de idade tem amparo tanto nas normas constitucionais quanto nas administrativas que tratam de critérios de aposentadoria, como também na própria condição da pessoa com tal idade segundo fatores biopsicológicos⁵⁾, fatores esses que foram abandonados/afastados de consideração em relação ao maior de dezoito e menor de vinte e um anos de idade.

IV. Da violação do princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei (art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988)

Conforme acima exposto, concedendo-se benefício da atenuante da pena em critério de idade (ao menor de vinte e um anos de idade) que não mais encontra amparo legal, ter-se-á como consequência um inafastável malferimento do princípio da igualdade, constitucionalmente adotado.

Nesse particular, também para aqueles que invocam o disposto no art. 2.043 do novo Código Civil, para a manutenção da causa atenuante referida até que se tenha alteração da legislação penal, tem-se que tal com-

preensão não se sustenta, sob pena de “*pelejar à arca partida com o princípio da igualdade*”⁶⁾, visto que tal dispositivo não tem força de afastar a incidência do princípio da igualdade constitucionalmente adotado, sob pena de se interpretar a Constituição Federal conforme a lei, ao invés de se proceder à interpretação desta em face daquela. Assim, caso se argumente que o referido dispositivo legal da nova ordem civil traçou regra no sentido de não se compreender a revogação de norma penal que disponha contrariamente (inciso I do art. 65 do CP) ao conteúdo do novo Código Civil (art. 5º da Lei nº 10.406/2002), estar-se-á flagrantemente interpretando a Constituição (art. 5º, *caput*, da CF/88) conforme a lei, culminando na violação do princípio constitucional da igualdade constitucionalmente adotado, valendo lembrar que tal método de interpretação é por demais repudiado pela melhor literatura jurídica⁷⁾.

Reconhecer, em face da nova ordem civil, para o maior de dezoito e menor de vinte e um anos de idade a manutenção da **benesse** prevista no inciso I do art. 65 do Código Penal, estar-se-á incorrendo na violação do princípio constitucional da igualdade em vista de estabelecer **discrímen** entre pessoas (autores de crime) que se encontram na mesma situação jurídica. Em outras palavras, em face da nova ordem não há mais justificativa jurídica para que se faça distinção entre os autores de crime que tenham, *e.g.*, dezoito e vinte e dois anos de idade de modo a justificar/conceder benefício da atenuante da pena em favor do primeiro.

Também não tem cabimento a invocação do princípio constitucional da individualização da pena para o **discrímen**, vez que a própria Constituição Federal de 1988, no inciso XLV do art. 5º, estabelece que à lei cabe regular a individualização da pena. Assim, a regra da individualização da pena fazia incidir a causa atenuante em favor do menor de vinte e um anos de idade porque tinha amparo tanto no Código Penal quanto no art. 9º do Código Civil de 1916 que consideravam o agente menor de vinte e um anos de idade ainda juridicamente imaturo. Contudo, a mesma lei referida na Constituição Federal ditou que o maior de dezoito anos, vale dizer, o menor de vinte e um e maior de dezoito anos de idade, agora é juridicamente considerada pessoa adulta, não

só modificando como arrancando pela raiz o suporte fático autorizador da **benesse**. Assim ocorrendo, tem-se que a nova realidade jurídica, nesse particular, não viola o princípio da individualização da pena, sob pena de se pensar pouco e fazer prevalecer, agora sim, uma odiosa discriminação.

Com os mesmos fundamentos afiguram-se como revogadas todas as demais normas penais materiais (prescrição) e procedimentais (curador) que têm(tinham) amparo na condição de o autor do crime ter menos de vinte e um anos de idade, merecendo ressaltar que essa última hipótese (curador) já restou adequada à nova realidade jurídica.

V.

Por fim, vale lembrar que o ordenamento jurídico deve ser interpretado como um todo unitário e harmônico, devendo a antinomia aparente ser afastada pelo método interpretativo que faça preponderar os valores dessa ordem jurídica enquanto sistema, pois, como bem ensina **Zaffaroni**, “(…), *el orden jurídico no puede ser un montón de normas que se desconocen entre si, porque es precisamente un ‘orden’, y por ellos es susceptible de una indagación científica y de una explicitación por vía analítica*”⁸⁾. ◉

Notas

- (1) **CANARIS, Claus-Wilhelm**. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 2ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, pp. 12-13.
- (2) **BEVILAQUA, Clovis**. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 3ª ed., Livraria Francisco Alves, vol. I, 1927, p. 190.
- (3) **PIERANGELI, José Henrique**. *Códigos Penais do Brasil (Evolução Histórica)*, 2ª ed., RT, 2001, pp. 240 e 277-278.
- (4) *V.g.*, **DELMANTO, Celso**. *Código Penal Comentado*, 3ª ed., Renovar, 1993, p. 106.
- (5) **MIRA Y LOPEZ, Emilio**. *Manual de Psicologia Jurídica*, Péritas Editora, 2000, p. 56.
- (6) **BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio**. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3ª ed., Malheiros, p. 33.
- (7) **CANOTILHO, J. J. Gomes**. *Direito Constitucional*, Medina, 1992, p. 242.
- (8) **ZAFFARONI, Eugenio Raúl**. *Tratado de Derecho Penal*, vol. III, p. 506.

Edimar Carmo da Silva

Promotor de Justiça do MPDFT, titular da 3ª Promotoria de Justiça Criminal do Gama/DF

CURSO DE CRIMINOLOGIA - “A CONSTRUÇÃO DOS PROBLEMAS SOCIAIS”

O **IBCCRIM** realizará, de 28 de maio a 19 de junho, o Curso de Criminologia “*A Construção dos Problemas Sociais*”. As aulas, cujos temas estarão disponíveis em nosso *site*, serão ministradas pelo dr. **Fernando Acosta**, professor da Universidade de Ottawa, Canadá.

Local: Auditório do IBCCRIM, na Rua XI de Agosto nº 52 – 2º andar, em São Paulo – SP

Informações e inscrições: telefone (11) 3105-4607 r. 144; e-mail: eventos@ibccrim.org.br - *site:* www.ibccrim.org.br

AMPLIAÇÃO DAS LIBERDADES PÚBLICAS?

Mohamad Ale Hasan Mahmoud



Mohamad Ale Hasan Mahmoud

É sempre digna de nota a ampliação do arco das liberdades públicas. Em 17 de fevereiro de 2004, o Superior Tribunal de Justiça — uma das mais democráticas Cortes do País — pela primeira vez julgou o mérito de *habeas corpus*, em que figurou como paciente um feto ainda na barriga da mãe⁽¹⁾.

À primeira vista, o fato parece revelar uma conquista, contudo, aprofundando-se no caso, nota-se, com todo respeito aos proficientes integrantes da 5ª Turma daquele Preτόrio, uma verdadeira injustiça.

Pasmem: uma gestante descobre que em seu ventre não há uma futura criança, mas um feto que, segundo a própria assessoria de imprensa do STJ, não tem qualquer viabilidade vital fora do útero. Ou o feto morre ainda no organismo da mãe, ou falece logo em seguida ao parto. O feto padece de anencefalia, ou seja, “*cabeça fetal com ausência de calota craniana e cérebro rudimentar*”⁽²⁾.

Formulado o pedido de interrupção da gravidez, o juiz da Comarca de Teresópolis/RJ o indeferiu. Esta decisão foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁽³⁾. Aí vem o incrível. Um advogado — e o STJ apenas informou genericamente, um advogado — impetra *habeas corpus* em favor do feto. Um terceiro, em princípio desvinculado do drama, provavelmente movido por ideais religiosos, ou por uma interpretação, com todo respeito, equivocada dos ditames constitucionais, promove a injustiça⁽⁴⁾. A 5ª Turma além de conhecer do *writ*, à unanimidade concede a ordem para que a gravidez não seja interrompida.

Ninguém discute que a via do *habeas corpus* é generosa em relação à legitimidade ativa. Contudo, em situações deste jaez, se nem mesmo o Ministério Público — o titular da ação penal por eventual crime de aborto — dignou-se recorrer da decisão que autorizou o fim da gravidez, no mínimo é discutível o interesse do tal advogado. Logo, depara-se com uma situação esdrúxula. Se o Ministério Público, por meio da promotora de Justiça de Teresópolis, já se manifestou favoravelmente ao pleito, qual seria a conseqüência naquela altura, se fosse feita a interrupção? Seria processada criminalmente a gestante? Por quem? Se o Ministério Público tomasse conhecimento do fato, pelo que já se manifestou, provavelmente pediria arquivamento das peças informativas. E então? No máximo, poderia o juiz encaminhar os autos ao chefe do Ministério Público, conforme o art. 28 do Código de Processo Penal. Logo, a decisão final acerca de medidas criminais estaria circunscrita ao âmbito do Ministério Público, que já se manifestou sobre o assunto.

Há outro aspecto polêmico na admissão do *habeas corpus* em situações como a presente. Afirmou a relatora, ministra Laurita Vaz,

que: “*o writ se presta justamente a defender o direito de ir e vir, o que, evidentemente, inclui o direito à preservação da vida*”. Concessa venia, parece mais lógico o contrário: o direito à vida, por ser mais amplo, contém o direito à liberdade. Portanto, faz-se necessário o recurso ao conceito “vida”, para verificação da plausibilidade da extensão empregada pelo STJ⁽⁵⁾.

De acordo com o Dicionário Aurélio: “*vida*. [Do lat. vita.] S. f. 1. Biol. Conjunto de propriedades e qualidades graças às quais animais e plantas, ao contrário dos organismos mortos ou da matéria bruta, se mantêm em contínua atividade, manifestada em funções orgânicas tais como o metabolismo (2), o crescimento (1), a reação a estímulos, a adaptação ao meio, a reprodução (1), e outras; existência”⁽⁶⁾. Destaca-se “*se mantêm em contínua atividade*”; ora o feto em questão terá o destino inverso, não possuirá qualquer tipo de atividade. Sublinha-se “*o crescimento*”; não existe fio de esperança de crescimento ou desenvolvimento. Sobreleva-se ainda “*a reação a estímulos, a adaptação ao meio, a reprodução*”; não conseguirá o feto, ou quiçá o neonato, em tais condições, reagir ou adaptar-se a qualquer meio, pois faltarão condições biológicas para tanto.

Deve-se proceder, assim, a uma aferição dos requisitos do conceito “vida” ao se tratar casos deste quilate. O feto poderá existir, mas é discutível se afirmar que ele viverá, pois não poderá desenvolver-se, reagir a estímulos ou reproduzir-se.

Cuidado. Não se deve, precipitadamente, afirmar que a vida, de acordo com o direito positivo brasileiro, inicia-se com a concepção. No Direito pátrio, a vida ganha contornos jurídicos com o nascimento, assegurando-se, contudo, os direitos daquele que, espera-se, virá a viver (propriamente). Cautela é necessária, pois uma interpretação açodada do art. 4º, do Decreto nº 678/92 (por meio do qual ingressou em nosso ordenamento o Pacto de San José da Costa Rica), pode levar a equívoco. Neste dispositivo não se reconhece que o início da vida ocorre com a concepção. O que se fixou foi que: “*Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção*”⁽⁷⁾. Ora, o comando refere-se tão só à proteção de direitos de nascituro; não se estabeleceu que a vida se inicia pela concepção. Por outro lado, a utilização do aposto “em geral” vem manifestamente em abono ao argumento apresentado neste opúsculo, pois nem sempre haverá tutela do produto da concepção; há, portanto, claro espaço exegético para a conclusão de que a proteção somente se justifica quando o produto do encontro de gametas reunir os requisitos ônticos de vida, e, destaque-se, humana⁽⁸⁾.

Estatui o art. 2º do Código Civil: “*A perso-*

nalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” A segunda parte do dispositivo deve ser interpretada em harmonia com a sua parte introdutória. Nascituro é aquele que se espera venha a ter direitos⁽⁹⁾. Contudo, essa interpretação não se aplica àquele que, já se sabe, não poderá viver. Se não chegará a viver (propriamente), como se poderá tutelar seu direito de ir e vir. Sejam técnicos e realistas, o feto, se vier à luz, jamais terá condições de locomover-se; como então poderia ser paciente de *habeas corpus*, remédio que tutela o *ius deambulandi*.

Negar-se à gestante o direito de interromper essa gravidez é suprimir vigência ao inciso III do art. 1º da Constituição Federal. Privar essa pessoa da dignidade que é fundamento da República Federativa do Brasil. Terá ela de submeter-se a todas as alterações em seu corpo, todos os ônus e riscos decorrentes da gravidez, para aguardar paciente e dolorosamente a extinção iminente.

Em pesquisas no *site* do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, notou-se como as idas e vindas forenses deste caso transtornaram psicologicamente a gestante. Em segunda instância, a desembargadora relatora, em 19/11/2003, autorizou a interrupção da gravidez. Apesar de o Ministério Público ser favorável à pretensão, um terceiro ingressou com agravo regimental, pedindo a reconsideração da decisão. Reconsideração deferida em 21/11/2003. A gestante voltou a ter boas notícias em 25/11/2003, quando houve o julgamento do agravo, autorizando-a novamente a pôr termo à gravidez. Contudo, o STJ, no mesmo dia, apreciando pedido liminar, determinou a suspensão da decisão do TJ/RJ.

É interessante como um caso que aparentemente se refere a alguém sem recursos, patrocinado pela Defensoria Pública, pode ter tanta importância para outra parte que ainda não se sabe qual interesse tem. Desperta a curiosidade deste simples apaixonado pelo Direito Penal tanto empenho da parte contrária. Aguarda-se da assessoria de imprensa do STJ maiores informações sobre o caso⁽¹⁰⁾.

Com a decisão do colendo STJ, cria-se uma aporia gigantesca e intransponível. Se a gestante em questão fosse uma pessoa rica, poderia simplesmente tomar um avião e deslocar-se até um país em que o aborto é permitido. Quando retornasse, simplesmente não poderia ser responsabilizada criminalmente, por ausência da condição prevista na alínea b do § 2º do art. 7º do Código Penal. Mas, como é pobre tem de aguardar até o feto eventualmente vir ao mundo e extinguir-se, ou fenecer ainda em seu ventre. Exige-se da gestante mais do que ela própria pode suportar, manifesto o estado de necessidade, na modalidade exculpante⁽¹¹⁾. Se tanto, pois pode-se

➔ por até chegar à conclusão de que não houve mesmo crime. Não haveria nem como proceder-se a balanceamento de bens, porque como o produto da concepção não preenche os requisitos ônticos de ente vivo, não haveria ofensa a qualquer tipo de bem jurídico.

O STJ claramente virou as costas para preciosas lições, como as apresentadas pelo magistrado **Geraldo Francisco Pinheiro Franco**⁽¹²⁾.

Cria-se perigoso precedente que se aguarda neste insulado no universo da jurisprudência nacional.

Triste Epílogo

Destaque-se finalmente o ingresso de ordem de *habeas corpus* em favor da mãe perante o Supremo Tribunal Federal⁽¹³⁾. A impetração foi realizada por representante da ONG, Instituto de Bioética, Direito Humanos e Gênero (ANIS). Pediu-se vênua para criticar o infeliz parecer do procurador-geral da República que opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* sob o argumento de que a impetrante (representante da ONG) não representaria o interesse real da gestante. E concluiu: “*Há entidades dos mais vários credos que se dedicam exatamente, nessas situações, a buscar casais e conversar sobre a valia, num certo sentido, de uma sociedade que não quer se sacrificar, que é hedonista e profundamente materialista*”⁽¹⁴⁾.

Infelizmente, este caso terminou de forma a confirmar o prenúncio da injustiça. O parto ocorreu pelas vias normais, o arremedo de nascituro irrompeu e respirou por sete minutos, vindo a extinguir-se definitivamente⁽¹⁵⁾.

Valeu a pena?

Notas

(1) HC n° 32159/RJ.

- (2) Segundo informativo do STJ, de 18/02/2004, disponível na internet: <http://www.stj.gov.br>.
- (3) Apelação n° 200305005208, 2ª Câmara Criminal, j. 25.11.2003.
- (4) Posteriormente veio-se a saber, por meio da assessoria de imprensa do Supremo Tribunal Federal, tratar-se de medida processual desencadeada por iniciativa do padre **Luiz Carlos Lodi da Cruz**, presidente da Associação Pró-Vida, em Anápolis-GO, cf. *Informativo do STF*, de 4 de março de 2004, disponível na internet: <http://www.stf.gov.br>.
- (5) Não se alongará sobre o conceito “vida”, pois a matéria é por demais extensa e controversa, recomendando-se, entretanto, a leitura do brilhante artigo de **Vicente Greco Filho**, *Matar Ors é Crime?* Disponível na internet: <http://www.ibccrim.org.br>.
- (6) Disponível na internet, in: <http://uol.com.br/aurelio>.
- (7) O destaque é nosso.
- (8) Imagine-se uma relação sexual entre uma mulher e um macaco. Se deste ato houver fecundação, o direito, óbvio, não assegurará tutela a tal encontro de gametas.
- (9) Ainda segundo o *Dicionário Aurélio*: “*nascituro*. [Do lat. nasciturus.] *Adj.* 1. *Que há de nascer*. • *S. m.* 2. *Aquele que há de nascer*. 3. *Jur.* *O ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato futuro certo*”, disponível na internet, in: <http://uol.com.br/aurelio>.
- (10) De acordo com a nota de rodapé 4, veio-se a saber, por meio do Supremo Tribunal Federal a titularidade do interesse.
- (11) Trata-se do estado de necessidade exculpante que, apesar de não expressamente previsto em lei, deflui do sistema penal como um todo, na medida em que se ausenta nas circunstâncias a exigibilidade de conduta diversa. **Francisco de Assis Toledo** explica a teoria diferenciadora: “*umas vezes o estado de necessidade exclui a ilicitude (casos de sacrifício de valores menores para salvar valores maiores), outras vezes exclui a culpa (casos de sacrifício de valores iguais aos que se salvam, ou mesmo de valores maiores,*

quando ao agente não era exigível outro comportamento). Esta é a teoria que hoje, praticamente, pode-se considerar dominante, mesmo relativamente aos autores que aceitam e defendem o princípio da ponderação de interesses”. *Princípios Básicos de Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 1994, pp. 178-179. Para uma visão mais detalhada sobre o estado de necessidade, conferir **Miguel Reale Júnior**, *Dos Estados de Necessidade*, São Paulo, 1971.

- (12) “Impossível a sobrevida do feto, deve ser autorizado o aborto”, **Bol. IBCCrim**, n° 11, São Paulo, dezembro de 1993.
- (13) SFT, HC n° 84025, rel. **Joaquim Barbosa**.
- (14) Cf. *Informativo do STF*, de 4 de março de 2004, disponível na internet: <http://www.stf.gov.br>. Ora, trata-se de uma questão de coerência, ou se admite a larga via do *habeas corpus* para todos como ocorreu no *writ* impetrado perante o STJ, ou permite-se questionar o tema da legitimidade ativa. Quando se tratou anteriormente sobre o interesse de alguém intervir em drama alheio, discutiu-se quais seriam os interesses que norteariam tal atuação. Note a diferença daquela situação em que já havia uma manifestação, ou ato de vontade juridicamente externado. A gestante compareceu perante a Defensoria Pública e comunicou sua intenção de abreviar a gravidez, diante da insuportabilidade das circunstâncias. O que difere, flagrantemente, da atuação atípica na tutela de interesses de arremedo de nascituro, cuja plausibilidade de impetração do remédio heróico põe-se em xeque.
- (15) Os ministros do STF, **Celso de Mello** e **Joaquim Barbosa**, também criticaram a injustiça culminada, cf. *Informativo do STF*, de 4 de março de 2004, disponível na internet: <http://www.stf.gov.br>.

Mohamad Ale Hasan Mahmoud

O autor é mestre e doutorando em Direito Penal pela USP, professor de Direito Penal da Uninove/SP e advogado

Mohamad Ale Hasan Mahmoud

ESTATUTO DO DESARMAMENTO – NÃO INCIDÊNCIA, POR ORA, DE SEU ART. 12 (POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO)

Marcelo Lessa Bastos

Instado a me manifestar em inquérito policial iniciado por auto de prisão em flagrante, em que o indiciado foi preso em virtude de possuir, no interior de sua residência, duas armas de fogo, uma registrada em nome de terceiro e outra sem registro no DFAE, órgão até então detentor da atribuição para tal registro sob a égide da legislação anterior, cheguei à conclusão de que ainda não pode ser aplicado o art. 12 do Estatuto do Desarmamento, pelas razões que exponho neste modesto artigo.

Em suma, o fato era o seguinte: os policiais responsáveis pela prisão estiveram na residência do indiciado a partir de denúncias anônimas, que noticiavam possuir o mesmo as di-

tas armas de fogo e, após ser a entrada deles franqueada pelo próprio indiciado, lograram localizar e apreender as armas, dando-lhe voz de prisão em flagrante.

Ouvido em sede policial, o indiciado confessou que, de fato, possuía as armas, as quais teria adquirido, uma, de um caminhoneiro, outra, de uma pessoa de quem hoje não mais se recorda, sem atentar para as formalidades inerentes ao registro e à transferência de propriedade das armas.

Em consulta ao DFAE, foi obtida a informação, certificada nos autos, dando conta de que uma das armas possuía registro naquele órgão, porém em nome de terceiro (provavelmente o caminhoneiro referido pelo indiciado), sendo certo que a outra arma não era registrada.

Esta a breve síntese dos fatos.

Em primeiro lugar, é conveniente destacar que as armas estavam no interior da residência do indiciado, afastando-se, portanto, o crime previsto no art. 14 do Estatuto do Desarmamento, sob quaisquer de suas condutas alternativamente previstas.

Como se trata de armas de fogo de uso permitido e suas apreensões se deram dentro da residência do indiciado, o único tipo penal aplicável à conduta do indiciado seria o do art. 12 da referida lei, como ventilado pela autoridade policial.

Sucedendo que há uma questão de suma im-

Marcelo Lessa Bastos

portância a ser considerada e que passou, *data venia*, despercebida à autoridade policial: é que, nada obstante o Estatuto do Desarmamento ter entrado em vigor na data de sua publicação, consoante estabelecido por seu art. 37, sem qualquer ressalva, publicação esta que ocorreu no dia 23 de dezembro de 2003, os arts. 30 e 32 do mesmo Estatuto, já vigentes e a seguir transcritos para ilustrar, assinalam prazo para que o possuidor de armas de fogo sem registro providencie sua regularização junto à Polícia Federal, “*sob pena de responsabilidade penal*”, responsabilidade esta a ser exigida, por óbvio, apenas após o decurso deste prazo, que é de 180 (cento e oitenta dias), contados inicialmente a partir da publicação da referida lei (portanto, a se expirar, inicialmente, em junho do corrente ano). Assinalam, ainda, prazo idêntico para que tais possuidores, se desejarem, promovam a entrega dessas armas à Polícia Federal, alvitrando a possibilidade de serem até indenizados, por presumida boa-fé:

“Art. 30. Os possuidores e proprietários de armas de fogo não registradas deverão, **sob pena de responsabilidade penal, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta lei, solicitar o seu registro apresentando nota fiscal de compra ou a comprovação da origem lícita da posse, pelos meios de prova em direito admitidos.**”

“Art. 32. Os possuidores e proprietários de armas de fogo não registradas poderão, **no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta lei, entregá-las à Polícia Federal, mediante recibo e, presumindo-se a boa-fé, poderão ser indenizados, nos termos do regulamento desta lei**”⁽¹⁾.

Recentemente, a Medida Provisória nº 174, de 18 de março de 2004, visando a corrigir distorção gerada pelo fato de se aproximar a expiração daqueles prazos e ainda não ter sido editado, pelo Poder Executivo, o Regulamento previsto na lei (art. 23 do Estatuto), modificou o termo inicial de tais prazos, que, doravante, só começarão a correr da data em que for publicado o Decreto regulamentador:

“Art. 1º. O termo inicial dos prazos previstos nos arts. 29, 30 e 32 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, passa a fluir a partir da data de publicação do decreto que os regulamentar”⁽²⁾.

Como se vê, os prazos em questão ainda não se encerraram — aliás, nos moldes da Medida Provisória em comento, sequer começaram a fluir⁽³⁾ — e, portanto, considerar incidente, apesar de já vigente, o tipo do art. 12 da lei de regência, seria consagrar o absurdo, porque estaria a punir criminalmente o possuidor de arma de fogo sem registro, que a mantém em sua casa, ainda dentro do prazo de que ele dispõe para fazer a entrega da mesma à Polícia Federal, passível até de indenização ou, a seu critério, promover a regularização do registro da mesma arma, cuja origem lícita poderia ser comprovada “*pelos meios de prova em direito admitidos*”.

A lei não pode levar a conclusões díspa-

res. Daí, enquanto ainda adormecidos e fluentes os prazos outorgados pelos arts. 30 e 32, a única interpretação possível é a de que atípicas as condutas descritas no art. 12 da referida lei, posto que ainda não podem incidir, neutralizadas que estão pela fluência de tais prazos.

Se, inicialmente, este crime poderia começar a incidir somente a partir de junho deste ano, agora, com a Medida Provisória nº 174, sequer se sabe quando poderá começar a surtir seus efeitos, posto que isto dependerá da adoção do decreto regulamentador e, a partir de então, haver-se-á de contar 180 (cento e oitenta) dias, findos os quais, só então, poder-se-á ter por incidente o tipo penal *sub examine*.

Nem se diga em buscar suporte à tipificação da conduta do indiciado no antigo crime do art. 10 da Lei nº 9.437/97, porquanto o fato aqui perscrutado se deu após ter sido essa lei expressamente revogada pelo Estatuto do Desarmamento (vide art. 36 da Lei nº 10.826/03), tendo ocorrido, assim, *abolitio criminis*, a despertar a aplicação dos efeitos disciplinados no art. 2º do Código Penal⁽⁴⁾.

Pelo fio do exposto, é inexorável a conclusão de que a conduta atribuída ao indiciado ainda não constitui infração penal, o que só passará a constituir quando terminarem os prazos para a regularização das situações das armas de fogo sem registro. É também forçoso concluir que não dá para ser aproveitada a conduta anteriormente descrita, porquanto a Lei nº 9.437/97 foi expressamente revogada pelo Estatuto, cuja vigência foi imediata, o que não significa poder conferir eficácia ao seu art. 12, como aqui sustentado. Ainda que de forma pouco clara, o Estatuto fez uma nova anistia aos portadores de arma de fogo de uso permitido sem registro, como, aliás, já o havia feito a revogada Lei nº 9.437/97 em seu art. 5º.

Tal situação não é de gerar qualquer perplexidade, bastando nos recordarmos que, antes da revogada Lei nº 9.437/97, o porte de arma de fogo era singelamente punido pela Lei das Contravenções Penais, cujo art. 19 só incriminava a conduta de quem a portava “*fora de casa ou dependência desta*”, deixando à míngua de qualquer sanção a conduta de quem simplesmente possuía arma de fogo, ainda que sem registro, mas dentro de sua casa.

Portanto, a lacuna hoje existente, deixada ao menos enquanto não expirarem os prazos dos arts. 30 e 32 do Estatuto, apenas nos remete a uma situação que era a regra antes de 1997, motivo pelo qual não há de causar nenhuma estranheza.

Na cauda de tais considerações, no caso *sub examine*, é forçoso reconhecer:

1. A prisão do indiciado constituiu-se em constrangimento ilegal. Não fosse o caso de ter ele pago fiança, como certificado nos autos, haveria de ser relaxada. Todavia, o dinheiro que pagou à guisa de fiança, porque indevida, há de lhe ser restituído, como emana da inteligência do art. 336 do Código de Processo Penal, até porque, do contrário, consagrar-se-ia o enri-

quecimento ilícito do erário, uma vez que auferiria tal valor exigido a partir de uma conduta, até então, lícita, como já explicitado;

2. As armas apreendidas devem ser restituídas ao indiciado, porque lhe foram tomadas a partir de uma conduta lícita, eis que, como aqui defendido, sua simples posse dentro de casa, até que expirem os prazos já colacionados, ainda não está sujeita a nenhum tipo penal definido no Estatuto do Desarmamento. Deve, contudo, ser o indiciado advertido de que deverá adotar as providências que lhe manda a lei de regência junto à Polícia Federal, sob pena de, a partir do término dos prazos de que dispõe para tanto, incidir no crime do art. 12 do Estatuto, estando ele, doravante, sujeito à prisão em flagrante, caso ainda se conserve na posse dessas armas sem regularizar os registros das mesmas junto à Polícia Federal.

Oportuno, também, ressaltar que, nada obstante os argumentos aqui defendidos, nem de longe se pode ter como configuradoras de abuso de autoridade as condutas da autoridade policial e dos milicianos que apreenderam a arma e prenderam o indiciado em flagrante, porque evidente a ausência de dolo neste mister, o que decorre até mesmo das nuances e sutilezas jurídicas a que apenas à alta indagação, que aqui se propôs fazer, era possível chegar.

Em consequência de tudo o que foi aqui articulado, há de ser promovido o arquivamento dos inquéritos policiais eventualmente instaurados.

Notas

- (1) Brasil, Lei nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento), com os grifos nossos.
- (2) Brasil, Medida Provisória nº 174/04, de 18 de março de 2004, publicada no *Diário Oficial da União* em 19 de março de 2004.
- (3) Talvez se possa dizer que sofreram uma causa interruptiva, seguida imediatamente de uma causa suspensiva anômala, *sine die*, que fará com que voltem os prazos a correr por inteiro, quando for o Decreto publicado, o que não se sabe quando ocorrerá. Extravagâncias do legislador!
- (4) A *abolitio criminis* no caso em questão é uma exigência, antes de tudo, do princípio constitucional da isonomia, posto que, a se agir de modo diferente, premiar-se-iam os que se conservaram na posse ilícita das armas de fogo, não tendo promovido o registro quando dos prazos alvitrados na antiga Lei nº 9.437/97 e, só agora, foram descobertos, em detrimento dos que foram presos quando da vigência do art. 10 daquela lei, sob a elementar de possuir arma de fogo sem registro e em desacordo com as determinações legais e regulamentares, criando uma distinção onde, por uma questão de razoabilidade, não pode haver.

Marcelo Lessa Bastos

Promotor de Justiça e professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito de Campos

Por conta da aparente singeleza do tema, as oligofrenias, como causa de inimputabilidade e de semi-imputabilidade, não têm recebido por parte da doutrina a atenção que merece o tema.

No sistema penal brasileiro são inimputáveis: a) os doentes mentais; b) os que possuem desenvolvimento mental incompleto ou retardado em razão de doença mental; c) os menores de 18 anos; d) os agentes completamente embriagados em decorrência de caso fortuito ou força maior; e e) os dependentes de substância entorpecente (Lei nº 6.368/76, art. 19).

Inimputabilidade ou semi-imputabilidade são na verdade uma questão de grau, ou seja, se a doença ou debilidade afetam de forma completa a compreensão da ilicitude da conduta, trata-se de inimputabilidade; se, porém, afeta de forma relativa, trata-se de semi-imputabilidade.

Interessam-nos, neste pequeno trabalho, apenas aqueles que têm desenvolvimento mental incompleto ou retardado: os chamados oligofrênicos.

Willian Douglas (2003, p. 151) ensina que: *“as oligofrenias se caracterizam pelo apoucamento mental do indivíduo. Há uma parada ou atraso no desenvolvimento mental, determinando-lhe deficiência.”*

São três as espécies de oligofrenias: a) idiotia; b) imbecilidade; c) debilidade mental.

A capacidade mental de um portador de idiotia equivale à de uma criança de dois anos de idade; a do portador de imbecilidade, à de uma criança de sete. Daí por que são inimputáveis.

Já a debilidade posiciona-se entre a imbecilidade e a sanidade mental. Os portadores de debilidade mental podem estar muito próximos à imbecilidade — caso em que devem ser considerados inimputáveis. É possível, porém, que a debilidade seja fronteira, ou seja, a pessoa está em uma zona considerada limítrofe entre a debilidade e a sanidade mental, neste caso deve ser tida como semi-imputável.

No processo penal brasileiro só é possível chegar à conclusão de que se está diante de um acusado oligofrênico por meio de um laudo elaborado por perito. Este laudo é realizado mediante a instauração do Incidente de Insanidade Mental por determinação do juiz, como dispõe o artigo 149 e seguintes do CPP.

Instaurado o incidente cabe a formulação de quesitos pelo juiz, promotor ou querelante — conforme se trate de ação penal pública ou privada — e pelo defensor.

É comum na prática forense que juízes e promotores já tenham suas perguntas prontas, juntando-as ao processo no momento

oportuno. Resumem-se tais quesitos a perguntar, por exemplo, se o réu possuía doença mental no momento do crime, se tal doença o impediria de compreender o caráter ilícito do fato imputado, ou ainda se o réu possuía desenvolvimento mental incompleto e se isto lhe impediria de entender o caráter ilícito do fato ou de autodeterminar-se de acordo com este entendimento, etc.

Há, eventualmente, uma ou outra pergunta a mais, mas o que se busca é a resposta sobre a higidez mental ou não do acusado, e se a ausência de higidez o impediria de compreender a ilegalidade do fato, ou afetaria sua autodeterminação.

Não são raras as vezes que peritos respondem aos quesitos afirmando que a doença existe, mas não impede o réu de entender a ilicitude do fato ou de autodeterminar-se de acordo com tal entendimento.

Ou pior, afirmam a inexistência de doença ou de desenvolvimento mental incompleto e depois, em outra parte do laudo, na síntese por exemplo, afirmam que o acusado é “limítrofe”, possuindo apoucamento mental que não lhe impede de entender o ato criminoso e que também não afeta sua capacidade de autodeterminação.

Não se deve olvidar de que o perito é um ser humano e não são poucas as vezes que vemos profissionais deixarem extravasar, no exercício de suas profissões, toda sua idiossincrasia. Assim, se o perito, enquanto homem, é afeto a ideologia do Direito Penal máximo, é evidente que tenderá em seus laudos a apenas reconhecer que o acusado não possuía capacidade de compreender a criminalidade de sua conduta em casos extremos.

Daí concordarmos com a lição de **Zaffaroni e Pierangeli**, quando dizem:

“Uma inadequada prática judiciária permite aos peritos concluir seus laudos afirmando ou negando tivesse o sujeito compreendido a criminalidade do ato. Semelhante afirmação usurpa a função judicial...”

Pior que um laudo assim é a decisão do magistrado que, de maneira reprovável e iníqua, baseia-se exclusivamente nas respostas aos quesitos, inclinando-se pela higidez mental do acusado, condenando-o a pena que normalmente se aplica às pessoas mentalmente saudáveis.

Alguns poderão desde já indagar por que então não se impugna o laudo, ou até mesmo não se recorre da sentença que o aceita.

Primeiro porque os magistrados preferem seguir a resposta mais fácil, ou seja, a apontada nos quesitos por ele formulados; sendo assim, poucos mandariam refazer o laudo.

Segundo porque ainda que os juízes ou o próprio tribunal determinassem o refazimento

do laudo com o réu preso, isto prolongaria em demasia o período de prisão provisória, sobretudo quando o laudo fosse requerido pela defesa. Anote-se que a elaboração deste laudo em São Paulo demora em média seis meses.

Terceiro porque nos crimes praticados por pobres, roubo por exemplo, há uma predeterminação quase que generalizada entre juízes e tribunais, salvo raras e honrosas exceções, voltada para o não reconhecimento de causas de diminuição de pena; opta-se, na dúvida, pelo não reconhecimento.

Em quarto e último lugar, porque é melhor, sempre que possível, procurar evitar que o arbítrio judicial ocorra, e não tentar remediá-lo após sua ocorrência.

Embora **Zaffaroni e Pierangeli** (2002, p. 626) tenham chegado muito próximos de uma solução para o problema com o que afirmam, impedem apenas o “arbítrio pericial”, mas não o arbítrio judicial.

É por isso que discordamos parcialmente dos insígnis mestres ao afirmarem que:

“Tanto no âmbito da enfermidade como no desenvolvimento mental insuficiente abundam casos problemáticos. Temos observado que a incapacidade psíquica para compreender a anti-juridicidade de uma conduta não pode ser determinada mediante o simples etiquetamento do indivíduo dentro de uma entidade nosotóxica, mas que se requer a valoração do esforço que a pessoa devia realizar para compreender a anti-juridicidade, tarefa que incumbe ao juiz e a respeito da qual o perito só deve ilustrar, sendo o diagnóstico um simples dado informativo”.

Concordamos no que diz respeito às doenças mentais, pois não se deve mesmo, nestes casos, enquadrar o indivíduo numa “entidade nosotóxica” porque, como sustentam os próprios autores, o conceito de enfermidade mental é discutível e varia de escola para escola.

Não aceitamos como adequada a mesma solução para o desenvolvimento mental incompleto, porque este, ao contrário da doença mental, é um conceito consagrado e muito bem definido e difundido. Oligofrenia é gênero que compreende três espécies: idiotia, imbecilidade e debilidade mental.

Por essa razão entendemos que também não resolve o problema a afirmativa dos festejados autores supracitados de que cabe ao juiz valorar o esforço do agente para compreender a ilicitude do ato. Discordamos porque tal possibilidade conduz inexoravelmente ao arbítrio. É libertar o réu do arbítrio pericial e acorrentá-lo ao arbítrio judicial.

O ideal seria que o legislador fizesse inserir no CP referência direta às oligofrenias como causa de inimputabilidade e de semi-imputabilidade, conforme o caso. Apenas isso acabaria definitivamente com o arbítrio. Como


isso pode demorar muito ou sequer jamais vir a ocorrer, entendemos que para minimizar o problema, evitando laudos confusos, deve-se formular quesitos separadamente: uns para doença mental e outros para desenvolvimento mental incompleto.

A solução que nos parece mais justa e adequada para o momento, e que poderia minimizar o arbítrio, seja judicial, seja pericial, consiste basicamente na delimitação da função do experto em responder a apenas três perguntas:

1. O acusado é portador de oligofrenia?
2. De qual espécie (idiotia, imbecilidade ou debilidade mental)?
3. No caso de debilidade mental indicar se se trata de pessoa fronteiriça.

Nem mais, nem menos. Desta forma, restariam ao menos reduzidas as possibilidades de arbítrio estatal. Se se tratar de acusado portador de idiotia ou imbecilidade, estar-se-á diante de um inimputável; em se tratando de débil mental, deve-se observar a resposta ao terceiro quesito: se negativa, inimputável; se afirmativa, semi-imputável.

Restaria, pois, ao juiz, aplicar as consequências legais que disso decorrem, quais sejam: absolvição imprópria ao inimputável, redução da pena ou medida de segurança ao semi-imputável.

Nunca é demais lembrar que, como dissemos, só a lei pode resolver definitivamente este problema. No mais, pode-se apenas reduzir sua intensidade. 

Bibliografia

- SANTOS, Willian Douglas Resinente dos.** *Medicina Legal à Luz do Direito Penal e Processual Penal: Teoria Resumida e Questões.* **Willian Douglas Resinente dos Santos, Abouch Valenty Krymchantowski, Flávio Granado Duque.** 4ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl.** *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral.* **Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli.** 4ª ed., ver., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Edevaldo de Medeiros
Advogado em São Paulo

Entidades que assinam o Boletim:

- **AMAZONAS**
 - Associação dos Magistrados do Amazonas
 - Ministério Público do Amazonas
- **CEARÁ**
 - Associação Cearense de Magistrados
 - Associação Cearense do Ministério Público
- **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**
 - Associação dos Delegados de Polícia de Mato Grosso do Sul
 - Associação Sul-Matogrossense do Ministério Público
 - Sindicato dos Defensores Públicos do Mato Grosso do Sul
- **MINAS GERAIS**
 - Curso A. Carvalho Sociedade Ltda. - Belo Horizonte
 - Praetorium - Instituto de Ensino, Pesquisa e Atividades de Extensão em Direito Ltda.
 - Sindicato dos Delegados de Polícia Federal em Minas Gerais - SINDPF/MG
- **PARÁ**
 - Associação do Ministério Público do Estado do Pará
- **PARANÁ**
 - Ministério Público do Estado do Paraná
- **RIO DE JANEIRO**
 - Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - FESUDEPERJ
- **RIO GRANDE DO SUL**
 - Associação dos Delegados de Polícia do Rio Grande do Sul - ASDEP/RS
- **SANTA CATARINA**
 - Associação Catarinense do Ministério Público
- **SÃO PAULO**
 - Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal - Rg. SP - ADPF
 - Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
 - 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

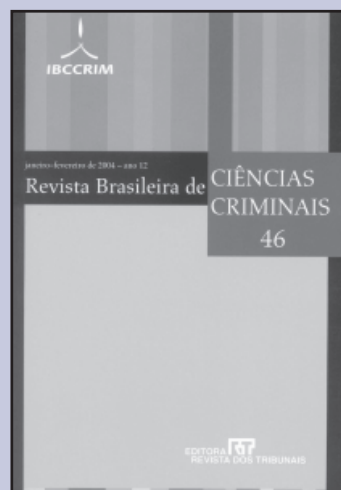
VIII CONCURSO DE MONOGRAFIAS

Informamos aos associados que estão abertas as inscrições para o **VIII Concurso de Monografias Jurídicas do IBCCRIM**.

Os trabalhos devem ser absolutamente inéditos e ter por tema, isoladas ou conjuntamente, as matérias de Direito Penal, Direito Processual Penal, Criminologia, Política Criminal e demais Ciências Sociais, desde que o assunto seja correlato.

O prazo de entrega vai até 31 de maio de 2004.

O regulamento encontra-se à disposição dos interessados no **Departamento de Publicações do IBCCRIM** (Rua Onze de Agosto, 52, 2º andar, Centro - Tel. (11) 3105-4607 Ramal 125), podendo também ser obtido pela Internet, no *site* do Instituto: www.ibccrim.org.br.



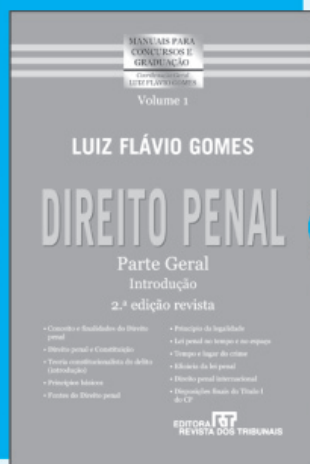
IBCCRIM

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

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

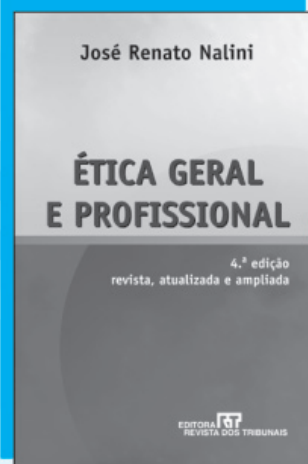
lançamentos RT

cód. 002544



316 páginas
brochura

cód. 002519



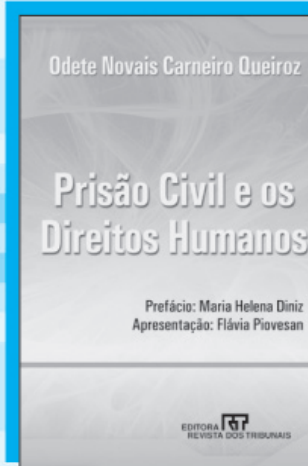
380 páginas
brochura

cód. 002526



286 páginas
brochura

cód. 002525



232 páginas
brochura

cód. 002541



236 páginas
brochura

Adquira estas e outras obras na

**livraria
RT**

www.livrariart.com.br

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS
www.rt.com.br

Atendimento ao consumidor
0800 702 2433