

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS



IBCCRIM

EDITORIAL

CRIADO O OBSERVATÓRIO LATINO-AMERICANO DE POLÍTICA CRIMINAL

Os vários países que integram a América Latina identificam-se com objetivos comuns: a necessidade de concretização da democracia e a busca da liberdade, da igualdade, da justiça material e da defesa dos direitos humanos.

O processo de desenvolvimento econômico hoje adota a teoria da globalização com nota neoliberal. Nessa eleição prevalecem os interesses de mercado, e a exclusão social é conseqüência para a manutenção desse modelo. O Estado compromete a sua soberania na assunção do papel de instrumento de interesses financeiros internacionais.

Nesse contexto, o homem em sua essencialidade perde sua posição fundamental no ordenamento jurídico.

Por essa razão, constata-se especialmente nos países do continente americano uma forte tendência à desconstitucionalização e à deslegalização.

E os reflexos desse menoscabo aos direitos fundamentais no Direito Penal, Processual e Execução Penal são incontestes, acarretando para essas áreas mecanismos de funcionalização e de desformalização.

A funcionalização vincula as ciências criminais a uma política que confere à legislação penal a função de conter a criminalidade. A desformalização, por sua vez, busca suprimir ou reduzir barreiras processuais para tornar possível o uso de um instrumento politicamente repressivo.

Em atendimento a essa suposta premência e eficácia no combate à criminalidade, pretende-se o controle repressivo sem nenhum limite ético, ao preço de garantias penais e processuais penais já incorporadas, há muito tempo, ao patrimônio jurídico dos cidadãos.

Nesse cenário proliferam projetos e leis de caráter alarmista que proclamam soluções não apenas drásticas, mas ineficientes e simbólicas, distantes de uma reação estatal adequada e proporcional.

O Poder Judiciário, também no mesmo passo, assume especial destaque nessa equivocada atuação. Recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo conferiu bem essa dimensão: no 9º Seminário Internacional do IBCCRIM seria apresentada a peça "Mulheres de Papel", baseada no texto "Homens de Papel", de Plínio Marcos, por detentas da Penitenciária Feminina do Tatuapé. A concessão de liminar em mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público impossibilitou a exibição, forçando-nos a questionar de que modo vislumbram, as autoridades responsáveis, que a pena criminal tenha caráter ressocializador.

O processo executório da pena tem como um de seus principais objetivos proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado (art. 1º da LEP). Não poderia ser mais evidente

que a pretendida manifestação artística das sentenciadas era significativa contribuição para a sua reinserção social.

A sociedade, que se pretendeu protegida nesse episódio, só pode ser realmente defendida na medida em que o Estado Democrático e Social de Direito, no exercício de seu poder, nas esferas Legislativa, Executiva e Judiciária, concretize a sua opção por valores supremos, de ordem humana, como formas democráticas que estabelecem a relação dessa sociedade com o homem-pessoa, e não com o homem-indivíduo.

É do Estado o papel protagonista para o resgate da democracia, liberdade e igualdade materiais. Bem por isso é extenso o rol de direitos fundamentais e tem ele destaque nos textos constitucionais das ordens jurídicas interna e externa. O valor que os unifica é a essencialidade da condição humana e a sua dignidade.

Em lugar de equacionar a problemática da criminalidade, decisões desse jaez, penas recrudescidas, construção de presídios de máxima segurança, equipamentos tecnológicos de afastamento dos atores do processo e, enfim, a estandartização das ciências criminais — conforme o modelo anglo-saxão, pelo qual se inclinam os diversos países da América Latina —, comprometem a estrutura e a organização política do Estado Democrático e Social de Direito, porquanto reificam o homem.

Existe uma similaridade de processos históricos e de evolução das instituições políticas, sociais e econômicas dos países latino-americanos e, conseqüentemente, dos sistemas de controle social.

É necessária, pois, uma integração no atendimento do constitucionalismo regional e não local.

Sob a iniciativa e direção do IBCCRIM e da *Maestria* em Criminologia da *Universidad Nacional Lomas de Zamora*, da Argentina, está-se criando o **Observatório Latino-Americano de Política Criminal** com o escopo de contribuir com uma visão crítica e criativa para, num primeiro momento, o exame das atuações legislativas nesses países.

Tanto a ordem internacional, como a ordem constitucional interna, são moldadas e preenchidas pelo ideal de paz e pela busca das soluções de conflitos. Nesse mister, pretende o IBCCRIM, com o **Observatório Latino-Americano de Política Criminal**, colaborar para uma sociedade mais democrática, livre, solidária e compromissada com a construção legal da justiça social, sob o aspecto material.

A **democracia da proximidade (Canotilho)**, nesses moldes adotada, pode ser o caminho para a redenção da dignidade humana castigada nesses tempos de globalização hegemônica. (1)

Editorial

Índice

EDITORIAL: CRIADO O OBSERVATÓRIO LATINO-AMERICANO DE POLÍTICA CRIMINAL	1
SOBERANIA, FRONTEIRAS E INSPEÇÕES DA ONU Sérgio Mazina Martins, Alberto Silva Franco, Carlos Vico Mañas, Celso Eduardo Faria Coracini e Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior	2
O ADVOGADO NO INTERROGATÓRIO Christiano Fragoso	4
ATO INFRAACIONAL, REMISSÃO, ADVOGADO E GARANTISMO Alexandre Moraes da Rosa	6
O ASSÉDIO SEXUAL E AS VAGABUNDAS DAS MINAS GERAIS Alexandra Lebelson Szafir	7
O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DEMOCRACIA Ranulfo de Melo Freire	8
PESSOAS QUE NÃO ESTÃO OBRIGADAS A DEPOR PERANTE CPIS Francisco Rodrigues da Silva	10
QUAL O MELHOR MODELO PARA A INVESTIGAÇÃO DO ACIDENTE COM O VLS-1? Petrônio Noronha de Souza	11
MESA DE ESTUDOS E DEBATES: O DESARMAMENTO EM QUESTÃO Maria E. Hasselmann de O. Lyrio	12
COM A PALAVRA, O ESTUDANTE: O SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW E O DIREITO PENAL Cecília Carolina Reia Pinto	14
Caderno de Jurisprudência O DIREITO POR QUEM O FAZ: DIREITO DE CRÍTICA, INTERESSE PÚBLICO E DEFESA DA HONRA Maurício Corrêa	745
JURISPRUDÊNCIA COMENTADA: O SIGNIFICATIVO ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR Edison Miguel da Silva Jr.	747
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	748
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	749
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL	750
TRIBUNAL DE JUSTIÇA	751
TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL	752

Após proceder a alguns levantamentos e entrevistas sobre graves e sistemáticas violações dos direitos humanos no Brasil, a relatora especial da ONU para Execuções Extrajudiciais Sumárias ou Arbitrárias, a paquistanesa **Asma Jahangir**, ponderou publicamente a necessidade de outras visitas ao País, notadamente para inspecionar o grau do envolvimento do *sistema de justiça* nessas violações⁽¹⁾.

Estranhamente, irromperam inusitadas reações, adversas à simples idéia da inspeção, partidas de várias fontes, sobretudo de magistrados, dentre os quais o próprio presidente da mais alta corte do País. Estranheza causam essas reações, pois de um lado remetem a um corporativismo que tenciona exigir o respeito não conquistado por ações concretas; e de outro lado entoam protestos contra uma pretensa ingerência estrangeira, sem que dela se perceba sequer a sombra. Esse quadro motivou-nos a algumas reflexões.

Primeiramente, atente-se que os órgãos de imprensa se apressaram em identificar a expressão *Judiciário* com o Poder institucional correspondente, quando seria melhor compreendida, no contexto lembrado por **Asma Jahangir**, como todo um sistema de múltiplas atividades que engloba, além certamente dos magistrados brasileiros e seus auxiliares, também os membros do Ministério Público, das Polícias Judiciária e Militar, os funcionários prisionais e outros setores igualmente importantes do Estado. É a somatória desses elementos que forma a totalidade que hoje denominamos de *sistema de justiça*. Nele, seria ingênuo menosprezar ou diminuir o papel verdadeiramente central exercido pelos magistrados e membros do Ministério Público. Mas é esse sistema *enquanto tal* que, sempre de modo unitário e eficiente, se responsabiliza (ou se irresponsabiliza) por seu compromisso com os direitos humanos e com a doutrina que os proclama. Enfim, esse *sistema* não age, quanto aos direitos humanos, de modo compartimentado, não sendo sua atuação passível de fragmentações ou setorizações estanques, já que sua própria funcionalidade reside, precisamente, nessa unidade — ou, melhor ainda, nessa *complexidade* — que concatena seus múltiplos operadores. Portanto, quando **Asma Jahangir** frisou a necessidade de investigação do Judiciário — tal como sumariamente declarado e publicado na imprensa —, o que esse reclamo verdadeiramente contextualiza é a necessidade de investigação precisa de todo esse sistema *como e enquanto sistema* e no qual, aí sim irrecusavelmente, a Magistratura e o Ministério Público constituem dois dos mais importantes protagonistas.

Como afinal negar, por exemplo, que magistrados são também responsáveis pela situação caótica de nosso sistema prisional, se a execução penal no Brasil é certamente jurisdicionalizada e se, como tanto o sabemos,

aos juízes da execução compete visitar mensalmente os presídios para *zelar* pelo fiel cumprimento da pena? Como negar que promotores de justiça, sendo titulares da ação penal pública, têm o poder-dever de requisitar diligências e promover a apuração de responsabilidades quando de notícias de execuções sumárias, torturas policiais e abusos de autoridade? Como negar que ambos, promotores e juízes, acompanham externamente a atividade da polícia judiciária? Como negar que a pena prisional, ao lado da prisão provisória, ambas vêm sendo utilizadas muitas vezes indiscriminadamente, superlotando presídios quando a legislação e as ciências criminais militam em sentido adverso? Como negar que juízes e promotores de justiça tantas vezes se recusam à mediação equitativa dos conflitos sociais, seja entre trabalhadores rurais e latifundiários, seja entre desabrigados e locadores, seja entre favelas e palácios? Simples lembranças como essas — exemplos extraídos ao acaso — apontam claramente para a responsabilidade conjunta de *todos* os agentes dos poderes públicos quanto às garantias dos direitos humanos no País.

Em segundo lugar, e sem a pretensão de exaurirmos um extenso debate teórico, é certo que o conceito mais sintético de soberania centraliza-se na idéia de *autonomia*, ou seja, da capacidade de um povo para *formular as próprias normas*. Ora, em nenhum momento a ONU ou seus representantes aqui vieram para nos ditar tais ou quais normas de direitos humanos, até porque nosso ordenamento normativo — malgrado equívocos pontualmente localizados —, desde a nossa Constituição, é riquíssimo em disposições que instituem, tutelam, asseguram e garantem os chamados direitos fundamentais. O que todos sabemos, no entanto, é que essas normas padecem de ineficácia contumaz, o que as desprestigia, as distorce e quase as invalida. Logo, a ofensa à soberania não está em levantar, inventariar, apontar e publicar a ineficácia de nossas normas soberanas, mas sim em concretamente desrespeitá-las e ofendê-las diuturna e sistematicamente. Em termos mais simples, embora porventura mais compreensivos: não devemos confundir nossa febre com o termômetro que a detecta, de sorte que não basta quebrar este último para acabar com aquela. Ofender a soberania de um povo democrática e republicanamente constituído é, e apenas pode ser, desrespeitar os princípios, os direitos e as garantias fundamentais que esse povo constituiu para si próprio, é desrespeitar o que esse povo, ao longo de todo um árduo caminho histórico, afinal conseguiu fazer de modo politicamente organizado e dentro de um processo razoavelmente publicístico.

Em terceiro lugar, se realmente queremos militar pela *soberania* de nosso povo — e não desses ou daqueles indivíduos que titularizam esse ou aquele Poder enquanto homens estranhos ao seu povo (Constituição da Re-

pública, art. 1º, parágrafo único) —, temos então, de vez por todas, que parar com nossa insistência oficiosa de que as violações dos direitos humanos são decorrências de meros equívocos. É preciso estancar essa espécie de *crença descrente* que nos leva, desde o discurso da oficialidade, a tratar como simples *desvios* aquilo que, em última análise, é uma irrecusável *normalidade* que, embora inconspicua, caracteriza entre nós uma autêntica política do poder. Precisamos parar com esse sistema que, em ocorrências apenas pontuais e gratuitas, muito eventualmente apena aqui um policial militar mais desditoso; ali um agente penitenciário mais grotesco; acolá um perito mais conivente, e assim por diante. O Brasil será efetivamente soberano, não ao fechar suas portas a visitantes e relatores da ONU ou mesmo de outras organizações internacionais, mas sim no dia em que seu povo, enquanto Nação, compreender que as violações dos direitos humanos residem nos meandros seculares de sua cultura política — aliás já longeva quando a herdamos —, cultura esta que sempre contaminou o núcleo do poder, de onde se capilarizou até as folhagens mais microscópicas do Estado. Dizer então, como agora se esboçou dizer, que tal ou qual categoria de agentes públicos não tem nenhuma responsabilidade nessa construção é, na melhor das hipóteses, recusar o óbvio.

Em último lugar — e isso infelizmente não foi compreendido —, a ONU não é um país estrangeiro ou uma nação alienígena. Ao contrário, a ONU é uma organização de direito internacional criada no pós-guerra e que, malgrado seu histórico sabidamente deficitário, tem porém um *ideário* que é o da convivência pacífica entre países e povos, à luz de compromissos humanitários, sociais e políticos mínimos, que se identificam com o repertório de postulados que designamos de direitos humanos. Esse é, precisamente, o *ideário* da ONU e, de nossa parte, não podemos esquecer que o Brasil dele compartilhou desde sua gênese. Aliás, não apenas fomos um dos países construtores desse *ideário* como, ainda hoje, expressamente o temos inscrito em nossa Constituição republicana de 1988 (art. 4º, inc. II). Por conta disso, temos recebido observadores internacionais, oriundos de diversas organizações e que, há anos, vêm tendo contatos diretos com várias autoridades brasileiras e com representantes da sociedade civil. Registre-se, a propósito, que isso apenas deixou de ocorrer — curiosamente também em nome de uma *pseudo-soberania* — quando de nossa recente ditadura militar. De resto, sabemos que, agora formalmente democratizado, o Brasil hoje reclama assento permanente no Conselho de Segurança da ONU, enquanto representante dos países economicamente menos capacitados. Para isso, nosso grande argumento é, simplesmente, o da *universalidade* desse *ideário*: como, então, recusá-lo para nós pró-

► prios e dentro de nossa própria casa?

Pensemos um pouco melhor sobre tudo isso e, particularmente, sobre essa idéia que historicamente constituiu a ONU. Segundo ela, as *fronteiras* são de fato importantes e imprescindíveis: elas demarcam identidades e, nesse sentido, asseguram a diversidade cultural na espécie humana. Mas elas não são e não podem ser absolutas. Bem ao contrário, as fronteiras são *linhas de vizinhança* entre povos, grupos e indivíduos e, portanto, são também *espaços de alteridade* e de seu exercício⁽²⁾. A força puramente entrópica e mortificante da globalização, que as suprime, as fronteiras opõem a força simétrica da convivência planetária que preserva a espécie em uma verdadeira *geo-grafia*. Aqui, esta última palavra se revela em toda a sua plenitude de sentido, isto é, enquanto uma *escrita da terra*, dos espaços, das distribuições e dos compartimentos *intra-espécie*. É nas fronteiras que ocorrem as trocas, o comércio, os diálogos; é nelas que se estabelecem os parentescos, as afinidades, as confrontações, as estratégias e a política. Elas não são vazias nem se resumem a distanciamentos: ao contrário, as fronteiras encerram, em última análise, a própria idéia de tolerância. Elas o fazem na medida em que recompõem as desavenças em uma horizontalidade, dispondo a multiplicidade confusa dos grupos em intercalações novas e contíguas. Importante sempre lembrar que a própria origem humana confunde-se, enfim, com o advento dessa *interação* que sempre foi, em última análise, uma interação tão complexa quanto profusa de inteligências, de sociabilidades, de saberes, de capacidades e de arranjos adaptativos.

Enfim, as fronteiras, e a convivência planetária que as constrói, *desde que baseadas em conjuntos culturais simétricos*, nada têm de ofensivo à soberania desse ou daquele povo. É precisamente isso que ocorre, particularmente, com programas de efetivação dos direitos humanos cautelosamente praticados pela ONU, seja por seus relatores especiais, seja com seus olhares sagazes. E esse dado por si sólido, porque fundado em idéias suficientemente sólidas, não pode ser destruído sob o pretexto das atuações deficitárias que a mesma ONU registra em outros roteiros internacionais.

Os autênticos riscos à soberania de um povo não são, portanto e derradeiramente, diversos dos riscos à autonomia dos indivíduos: eles vêm das relações sociais assimétricas, sejam elas externas ou internas às fronteiras, mas sem-

pre entrópicas, ensimesmadas, unívocas e substancialmente excludentes. Enquanto os povos estiverem socialmente estruturados com tais inversões, e isso independentemente da estridência dos vozerios, jamais serão povos verdadeiramente *soberanos*. A soberania, se a palavra tem ainda hoje algum sentido, afinal não brota dos olhares a ela circunstantes, mas sim do seu próprio, real, insistente e cotidiano exercício. ◻

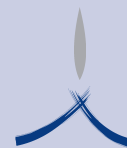
Notas

- (1) Por exemplo, v. a matéria “O verdadeiro escândalo”, publicada na revista *Veja*, edição 1824, de 15 de outubro de 2003, p. 100.
- (2) A proposta de simples ruptura das fronteiras — estatuto máximo da chamada política da globalização — tem suas origens não na sofisticação tecnológica como tanto se difunde. Ao contrário, ela está relacionada a um fenômeno fortemente antropológico, identificado desde há muito pelo estruturalismo de **Lévi-Strauss**, notadamente na sensibilidade de seu *Tristes Trópicos*. Nas palavras de um de seus mais exatos intérpretes, para **Lévi-Strauss**: “O tempo flui no sentido da perda da estrutura, da perda da informação, da perda da beleza. O paraíso estruturalista da diversidade se vê ameaçado pelo pecado termodinâmico”, de sorte que “Há então uma flecha do tempo, mas essa flecha não aponta para o positivo, e sim para o negativo. O que o evolucionismo de **Leslie White** vira como progresso (o aumento da quantidade de energia extraída per capita) é, ao contrário, degradação: diminuição da diversidade per capita (menos linguagens, menos religiões, menos sistemas de parentesco, menos estilos estéticos, menos espécies naturais, menos animais e plantas), como acontece quando uma floresta tropical arde para alimentar caldeiras ou bois — transformando xamãs e guerreiros em mão-de-obra barata, amores-perfeitos em eucaliptos, informação em energia”. Daí então, no lamento desse intérprete, que “O problema da sociedade moderna seria, digamos assim, ter eliminado o ‘exterior’ que até agora era formado por um conjunto de universos cosmológicos, sociológicos, tecnológicos e ecológicos diversificados” (**Mauro W. B. de Almeida**, “Simetria e entropia: sobre a noção de estrutura de Lévi-Strauss”, in: *Revista de Antropologia*, São Paulo: Departamento de Antropologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, vol. 42, n°s 1 e 2, 1999, pp. 178 e 186).

Os autores são membros do IBCCRIM

ESTATUTO DO IDOSO

Foi publicada no *Diário Oficial da União* de 03.10.2003 a Lei n° 10.741, dispondo sobre o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos. A lei possui dispositivos penais nos Títulos VI e VII, que incluem alterações no Código Penal. O texto completo se encontra em nosso [site](http://www.ibccrim.org.br)



IBCCRIM

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

DIRETORIA DA GESTÃO 2003/2004

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE:

Marco Antonio Rodrigues Nahum

1° VICE-PRESIDENTE:

Maurício Zanoide de Moraes

2° VICE-PRESIDENTE:

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

1° SECRETÁRIO:

Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior

2° SECRETÁRIO:

Sérgio Mazina Martins

1° TESOUREIRO:

Ivan Martins Motta

2° TESOUREIRO:

Benedito Roberto Garcia Pozzer

COORDENADORES-CHEFES:

Departamentos:

BIBLIOTECA:

Olga Espinoza Mavila

BOLETIM:

Celso Eduardo Faria Coracini

CURSOS:

Janaína C. Paschoal

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

INTERNET:

Heloísa Estellita

RELAÇÕES INTERNACIONAIS:

Ana Lúcia Sabadell

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS:

Theodomiro Dias Neto

INICIAÇÃO CIENTÍFICA:

Alvino Augusto de Sá

PÓS-GRADUAÇÃO:

Renato de Mello Jorge Silveira

REDES INTERNACIONAIS:

Ana Sofia Schmidt de Oliveira

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 Sílvia de Moraes Barros

SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Theodomiro Dias Neto

Em decisões bem inspiradas, o TJ/RS tem anulado processos criminais, desde o interrogatório judicial, se tal ato foi realizado sem que o acusado tivesse a assistência de advogado. Há tempos esta questão é discutida pela doutrina, havendo autores que reputam dispensável a presença do defensor, e outros que a exigem⁽¹⁾. Tenho como indeclinável a necessidade de presença de advogado, idealmente da livre escolha e da confiança do imputado.

Usualmente invocado para dispensar o advogado, o art. 187 do CPP preceitua que é vedado ao defensor “*intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas ou respostas*”. Esse artigo é objeto de toda a sorte de justas críticas, que partem de seu *reprovável sectarismo* (na letra da lei, a proibição não vincularia o promotor, o que fere a igualdade entre as partes) indo até sua incompatibilidade com moderna concepção de *processo penal justo* (à vista da contraditoriedade que deve banhar todos os atos processuais, e da predominância da percepção de que o interrogatório é meio de defesa — o que não vigorava em 1942, pleno Estado Novo, à época da promulgação do CPP).

Ainda que se desconsiderassem as críticas a ele endereçadas, é importante ver que a vedação do art. 187 do CPP, apesar da locução “de qualquer modo” nele insere, não pode ser reputada absoluta. O advogado tem o direito inequívoco de impedir que o juiz conduza as perguntas de modo faccioso, privilegiando certas linhas de indagação e omitindo outras, com o intuito, às vezes involuntário, de “forçar” certas declarações do imputado. É perfeitamente possível que o juiz prevaleça-se de sua forte imagem de autoridade para extrair do cidadão declarações que, em outras condições, este não faria.

Em casos extremos, o advogado deve poder intervir em perguntas. Esta é, aliás, a tendência em países estrangeiros. Basta verificar que diversos códigos de processo estrangeiros possuem ampla regulação sobre **métodos proibidos de interrogatório** que, se vierem a ser adotados pelo juiz, podem ser repelidos justamente pelo advogado. Tal regulação **não** existe no Brasil e, lamentavelmente, sequer é objeto de discussão. O CPP alemão, por exemplo, proíbe uma série de métodos de interrogatório em seu § 136a, que traz rol não taxativo: “*A vontade de decisão e de atividade do acusado não podem ser violadas através de maus tratos, fadiga, ataque corporal, aplicação de meios, tortura, engano, ou hipnose. Pressão somente pode ser aplicada na medida em que o direito processual penal a admite. A ameaça com uma medida processualmente inadmissível, ou a promessa de uma vantagem não prevista em lei são proibidas*” (inc. I);

“*Medidas, que violem a memória ou a capacidade de compreensão, não são permitidas*” (inc. II); “*A proibição dos incisos I e II valem sem consideração para com o consentimento do acusado. Declarações realizadas com violação a essas proibições não podem ser valoradas, ainda que o acusado concorde com a valoração*” (inc. III)⁽²⁾.

Também me parece perfeitamente possível que o advogado intervenha para requerer ao juiz que efetivamente formule as perguntas elencadas no art. 188, CPP. Este artigo preceitua, imperativamente, que o réu “*depois de cientificado da acusação, será perguntado sobre*” inúmeros aspectos da causa. Ou seja, estas perguntas *devem* ser formuladas (não se trata de mera “sugestão” da lei, como pensam alguns autores), sem prejuízo de outras cabíveis, naturalmente. O que não se pode admitir é que o juiz *não* faça as perguntas, obrigatórias, do art. 188, CPP (evidentemente, apenas as que não restem prejudicadas por respostas anteriores). Não pode o juiz apenas perguntar se a acusação é verdadeira e, em seguida à resposta negativa, indagar se o réu tem advogado, e se já foi preso ou processado, encerrando o ato. É evidente que o juiz comanda o ato processual, e deve dar o ensejo a que o réu se manifeste. Muitas vezes, o réu, seja por personalidade, seja por formação, não tem a iniciativa de fazer explicações perante a autoridade, aguardando reverentemente as indagações do juiz. Caso o réu negue a autoria, é de fundamental importância, principalmente, a indagação relativa a que motivos o réu atribui a imputação (cf. art. 188, VI, CPP).

Estas considerações relativizam, a toda a vista, a pretensa intangibilidade da técnica de interrogatório, adotada pelo juiz, e a falácia de que o interrogatório é ato privativo do juízo, outro argumento adorado pelos defensores da dispensabilidade do advogado.

Nosso processo penal é vergonhosamente calculado na busca incessante da confissão do acusado, o que constitui permanência perniciososa do direito canônico. Deve-se abandonar esta perseguição da confissão, que, como bem diz **Nilo Batista**, é companheira milenar da tortura⁽³⁾. Em boa verdade, o interrogatório, judicial ou policial, deve ser sempre facultativo, como já ocorre, quanto ao judicial, na Lei de Imprensa (cf. art. 45, III, Lei n° 5.250/67).

A tenacidade das agências de repressão penal em obter a confissão do acusado constitui a expressão mais simples da incompetência das estratégias investigatórias, seja pelo despreparo dos agentes, seja pelo sucateamento (talvez intencional) da polícia técnica. A proibição de que o cidadão acusado consulte-se com seu defensor antes de responder a uma indagação do juiz (ou seja, a

vedação de que o advogado influa nas *respostas*) é uma demonstração, de corpo inteiro, da importância dada às declarações do acusado para a formação da carga acusatória no processo criminal. Com o perdão do vulgo, a lei parece querer “*pegar o cidadão no contrapé*” (num momento em que um incômodo advogado estaria proibido de “atrapalhar”), o que, *data venia*, vulnera a eticidade de que deve revestir-se a lei e a atuação de seus agentes, como lembra **Suannes**⁽⁴⁾. Acusado não é testemunha e, por isso, tem o direito de socorrer-se de seu defensor em *todos* os momentos, inclusive (e até principalmente) no instante em que deve dirigir-se verbalmente ao juiz da causa.

A vedação de que o acusado consulte seu defensor antes de responder a uma pergunta constitui arraigado preconceito, herdado sem questionamentos. Ora, se o interrogatório é, fundamentalmente, meio de defesa, qual é o óbice a que o acusado, durante tal ato, consulte seu advogado acerca da repercussão jurídica de uma certa resposta? A razão oculta na lei desnuda-se com uma clareza de sol mediterrâneo (como dizia **Hungria**): seria dificultada a obtenção de respostas comprometedoras do acusado, e frustrar-se-ia o intento de obter uma confissão, ainda que enviesada, ou um indício de culpabilidade.

Dir-se-á que, se o acusado não souber como seria melhor responder, pode ele usar do direito ao silêncio. Respondo: são raríssimos os casos em que o acusado, confrontado, usa do direito ao silêncio, seja por não saber ou lembrar dele, seja por não acreditar em sua efetividade (a experiência mostra que o silêncio, no subconsciente, ainda é objeto de reprovação⁽⁵⁾); ademais, se o acusado tem o direito ao silêncio, também tem ele o direito a responder ao juiz, não havendo mal algum em que receba aconselhamento para exercitá-lo da melhor maneira.

Pode-se dizer que a circunstância de o réu poder consultar o advogado poderia esvaziar a “importância” do interrogatório. A experiência mostra que o interrogatório só é reputado importante pelo juiz ou pelo MP quando há uma confissão, uma chamada de co-réu, a exposição de uma versão contraditória, ou alguma frase infeliz, da qual se possa extrair indício de culpa de alguém. O interrogatório do réu *nunca* é citado como indício para fundar sua inocência. Ou seja, a “importância” esvaziada seria para a acusação. Embora possa funcionar como fonte de prova (sendo seu teor invocável por qualquer das partes, pelo princípio da comunhão das provas), deve-se ter em mente que interrogatório é ato de defesa, e sua importância tem que ser visualizada sob o prisma defensivo. ➔

➔ A importância da presença do advogado também transparece da inegável prerrogativa conferida a ele de verificar a exatidão das afirmações consignadas no termo de interrogatório. É evidente que uma singela vírgula pode alterar todo o sentido de um depoimento. Enquanto a técnica de documentação de atos processuais for a arcaica redução a termo pelo escrivão a partir de ditado do juiz, é evidente a importância da conferência minuciosa pelo advogado. O acusado, normalmente leigo, pode não ter, seja por timidez, seja por temor, seja por qualquer outro motivo, a força interna necessária para “corrigir” o juiz. Apenas esta circunstância já deveria ser reputada suficiente para impor a presença do advogado.

Há ainda considerações de patamar constitucional. O art. 5º, LXIII, da CF, dispõe: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Ora, se ao preso é assegurada a assistência de advogado (que deve, portanto, ser garantida já no momento de suas declarações para lavratura do auto de prisão em flagrante), seria ilógico reputar dispensável, em juízo, o advogado, cuja figura é, também pela Carta Magna, considerada “indispensável à administração da justiça” (art. 133, CF).

A inegável formalidade do ato processual, aliada ao desamparo do imputado não assistido por advogado, pode produzir distorções iníquas, levando a prevalecer afirmações que não correspondem à vontade de declaração do imputado (e é inequívoco que as declarações do interrogatório devem espelhar fielmente sua versão). A solenidade da sala de audiências (normalmente ornada com mesas mais altas, quase púlpitos, para juiz e promotor), a majestade das vestes (quase divinais, se se verifica que, apesar da laicidade do Estado, bem acima do juiz está dependurado, de regra, o Cristo crucificado) e a empolgação da linguagem (“excelências”, “venerandos”, “egrégios”, etc.) produzem um ambiente sensivelmente hostil para o cidadão acusado, o que cresce exponencialmente se se tratar de pessoa humilde e pobre.

A presença do advogado no interrogatório é irrenunciável. Nem mesmo o acusado pode dispensá-lo, pois, como se sabe, não se pode dispor da existência de defesa técnica. Ou seja, a circunstância de o acusado tê-lo dispensado é de nenhum valor.

A circunstância de o acusado ter tido prévia entrevista com o advogado (outro direito de qualquer cidadão, também diuturnamente solapado) não desobriga a presença do advogado ao próprio ato. Além das intervenções lícitas do advogado, sua mera presença no ato de interrogatório constitui fator de tranquilidade para o cidadão acusado, e indício de legalidade formal do ato, devendo ser garantida pelo juiz cômico dos dramas vividos pelo cidadão sujeitado à degradação de um processo criminal.

E, *last but not least*, outra consideração socioeconômica não pode ser negligenciada. É fácil perceber que a indispensabilidade do advogado se volta a garantir principalmente o direito dos cidadãos mais necessitados, uma vez que são estes que, em regra, assomam desassistidos perante o Estado.

Os tribunais não têm, todavia, aceito a tese da indispensabilidade da presença do advogado ao interrogatório, como revela pesquisa à jurisprudência do STJ, onde deságuam recursos contra os alvissareiros acórdãos do TJ/RS. Espera-se que esta questão, de suma importância, seja objeto de debates mais amplos e menos refratários a câmbios estruturais, que estas breves observações tencionam modestamente fomentar. ●

Notas

- (1) Pela obrigatoriedade, veja-se, por todos, **FREDERICO MARQUES, José**. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. II, Campinas: ed. Bookseller, 1998, item 479, p. 300. Pela facultatividade, **MIRABETE, Julio Fabbrini**. *Processo Penal*, 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 280.
- (2) Tradução livre do autor.
- (3) Entrevista de capa, in: *Caros Amigos*, ano VII, nº 77, agosto de 2003, São Paulo: ed. Casa Amarela, p. 33.
- (4) **SUANNES, Adauto**. *Os Fundamentos Éticos do Devoto Processo Penal*, São Paulo: Ed. RT, 1999, *passim*.
- (5) Deve ser consultada, a tal respeito, a brilhante dissertação de mestrado da ms. **Déa Rita Matozinhos**, na UCAM, que ainda pende de publicação.

Christiano Fragoso

Mestrando e professor de Direito Penal na Universidade Cândido Mendes (UCAM), membro do Conselho Diretivo do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal e advogado

Christiano Fragoso



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

CURSO DE EXTENSÃO

O IBCCRIM, a partir do mês de novembro de 2003, realizará Curso de Extensão sobre a **Parte Geral do Direito Penal**, dirigido aos servidores do *Tribunal Regional Federal da 3ª Região*.

O Instituto também oferece Curso de Extensão sobre a **Parte Especial do Direito Penal** voltado para tribunais, faculdades e entidades de classe.

Mais informações poderão ser obtidas na seção de Comunicação e Eventos, pelo telefone (11) 3105-4607, ramais 144 ou 153, ou pelo e-mail: eventos@ibccrim.org.br

A remissão como forma de exclusão do processo (ECA, art. 167) pode, desde que cumulada com medida socioeducativa (advertência, reparação do dano, prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida), formar um título judicial a ser executado. E sua formação ainda é motivo de calorosas discussões sobre a necessidade da intervenção de defensor/advogado.

O Estatuto da Criança e do Adolescente preconiza que cabe ao representante do Ministério Público o arquivamento, a concessão de remissão ou a representação, todas essas decisões devidamente fundamentadas — posto que no Estado Democrático de Direito não existem decisões implícitas — e além disso circundadas dos requisitos legais. Isso também se aplica ao magistrado, no seu momento processual (ECA, art. 186).

A validade da remissão c/c medida socioeducativa, todavia, exige que o adolescente seja assistido por seu responsável e defensor, consoante se infere das garantias processuais indicadas no art. 111, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Na mesma linha é o item 7.1 das Regras de Beijing, art. 40, item 2, “b”, II, da Convenção Internacional da Criança e do Adolescente.

Os que entendem dispensável a participação de defensor sustentam dois fundamentos básicos: a) não ser ainda processo, mas mero procedimento; b) ausência de previsão legal expressa.

O primeiro fundamento demonstra o desconhecimento da atual compreensão de processo, posto que se vincula e aceita a imposição de obrigações legais (e com consequências no mundo da vida) em procedimentos administrativos. O processo na contemporânea configuração, segundo Elio Fazzalari⁽¹⁾, é o procedimento em contraditório. Nesse pensar, Aroldo Plínio Gonçalves⁽²⁾ sublinha que: “Há processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na ‘simétrica paridade’ da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrem seus efeitos.”

Essa concepção constitucionalizada de procedimento e processo parte da constatação de que somente ao final, com a homologação pelo juiz da remissão (ECA, art. 181), é que o ato impositivo estatal está perfectibilizado. Antes disso, ou seja, com a apresentação, etapa pré-processual, apenas se prepara o ato de império, dentro da competência prevista em Lei (ECA, art. 126). E quando esta preparação se destina a gerar efeitos na esfera de direitos dos administrados, no caso adolescente, precisa conferir as mesmas garantias processuais (Marcelo Cattoni), na linha, ademais, do que acontece com a Lei nº 9.099/95, art. 76, § 3º, quando se refere a transação penal.

Com efeito, no caso de remissão concedida em face do Estatuto da Criança e do Adoles-

cente existe o poder/dever do representante do Ministério Público em analisar motivadamente a conveniência/opportunidade da concessão do direito subjetivo, ofertando eventual medida socioeducativa e/ou protetiva. A aceitação por parte do adolescente e seu representante não se pode dar sem o conhecimento das consequências jurídicas. Não se trata de um simples acordo. As consequências podem ser graves, chegando-se ao ponto de justificar uma internação por descumprimento reiterado (ECA, art. 122, III), posição, aliás, da qual discordo por ausência do devido processo legal. Então, a aceitação de uma medida socioeducativa, no âmbito de uma remissão, ao contrário do que apregoa parte da jurisprudência, exige a participação efetiva de advogado.

João Batista Costa Saraiva⁽³⁾ assevera com razão: “Evidentemente que se na remissão concertada pelo Ministério Público, de caráter pré-processual, vier proposta a aplicação de alguma medida socioeducativa, em nome do contraditório, haverá de o adolescente estar acompanhado de Defensor na audiência pré-processual realizada junto ao Ministério Público onde operou-se a transação expressa na remissão. Diz-se tal porque evidentemente quando resultar a remissão de decisão do juiz, no curso do processo, estará o adolescente representado por defensor, eis que não se admite em juízo adolescente representado pela prática de ato infracional sem o respectivo defensor. Embora esta exigência de defensor na audiência prévia com o Ministério Público não esteja expressamente prevista no ECA, decorre de uma interpretação sistemática das garantias constitucionais asseguradas a todos. Não é possível que se pretenda reviver nesta etapa pré-processual, porém decisiva, onde pode vir a ser concertado cumprimento de uma medida socioeducativa, um novo Juizado de Menores, sem possibilidade de defesa do adolescente, posto que, evidentemente, frente ao Ministério Público estão os pais ou responsáveis do adolescente em flagrante desvantagem. Visando à previsão legal expressa da presença de defensor nesta audiência já existe projeto de Lei em tramitação na Câmara dos Deputados, sendo que a proposta de Lei de Diretrizes Socioeducativas – LDSE contempla expressamente este caso em seu art. 12º.”

Cabe lembrar, mais uma vez, que desde a mudança havida com o ECA, os adolescentes em conflito com a lei precisam receber tratamento diferenciado e nunca mais gravoso que o conferido aos adultos, posição reiterada no STJ. Portanto, e correndo os riscos do paralelismo, se no âmbito do Direito Penal a transação e a suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/95, arts. 76, § 3º, e 89), exigem a presença (corretamente, digase) de advogado, com muito maior razão no caso de adolescentes⁽⁴⁾.

Essas manifestações judiciais buscam cumprir a prometida proteção integral, bem assim a garantia constitucional (CF, art. 5º, LV,

e art. 133), estatutária (ECA, art. 111, III, e art. 207) e internacional (art. 5º, § 2º, c/c Regras de Beijing, 7.1. e 15.1. — 15.1. *O jovem terá direito a se fazer representar por um advogado durante todo o processo ou a solicitar assistência judiciária gratuita, quando prevista nas leis do país* —) da assistência jurídica. Se acolhida a tese de que se trata de mero procedimento, não se pode converter em internação (ECA, art. 122, III), posto que ninguém poderá ser segregado sem o devido processo legal!

O segundo argumento é por demais dogmático e de uma pobreza hermenêutica impressionante, já refutado por Saraiva acima. A leitura de qualquer dispositivo legal precisa ser feita em conformidade com os demais dispositivos legais, em especial com a Constituição Federal (Streck e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho). Não é porque o art. 181 do ECA se omite em relação ao advogado que sua participação é subtraída. Se mantida essa interpretação anêmica, nem mesmo a assinatura do adolescente e de seu responsável seria necessária, porque o ECA não faz referência...

Para isso é que existe a necessidade da compreensão do sistema do ECA, o qual não habita uma abadia isolada do medievo, mas está inserida no processo de construção, reconhecimento e efetivação dos direitos e garantias processuais, explicitadas pela matriz garantista de Luigi Ferrajoli⁽⁵⁾.

De sorte que a possibilidade de realização do modelo garantista está apoiada numa cultura garantista, fundada no respeito aos Direitos Fundamentais, tendo como palco de batalhas a jurisdição, mormente constitucional. A jurisdição passa a ser um lugar do contrapoder do modelo paleopositivista, buscando-se implementar a racionalidade garantista.

Os garantidores desse sistema não podem, portanto, em face de violações ou de ameaças de lesão aos Direitos Fundamentais constitucionalmente reconhecidos, manter a indiferença ou admitir passivamente que legislações infraconstitucionais avancem sobre esses bens, sem qualquer levante/resistência constitucional.

Nesse pensar, compete especificamente ao magistrado, no modelo garantista, renunciar à função de boca repetidora da lei ou mesmo de corretiva desta. O magistrado, no modelo positivista tradicional, possui relação formal com a Constituição, demitindo-se — até inconscientemente, às vezes — do dever ético-político de absoluta intimidade com o texto constitucional. Esse magistrado é um burocrata informado pelo arsenal técnico disponibilizado pela dogmática jurídica, valorizador da forma, em desfavor da substância. Acredita, ainda, que a forma é a garantia da eficácia do direito, sem qualquer valorização, cumprindo as normas simplesmente porque existem e têm vigência (aspecto meramente formal). Continua interpretando a Constituição à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente. Re-


nuncia ao irrenunciável: o seu poder-dever de controlar difusamente a constitucionalidade material do ordenamento infraconstitucional, tranquilizando-se com a mera concordância formal com a Lei Maior.

No paradigma *garantista*, ao qual me filio, no entanto, o magistrado, como os demais atores jurídicos, assume posição diversa, passando a tutelar não somente a formalidade, mas também (e principalmente) o conteúdo constitucional, fazendo a devida *oxigenação constitucional*.

Luigi Ferrajoli⁽⁶⁾ anota: “a sujeição do juiz à lei já não é de fato, como no velho paradigma juspositivista, sujeição à letra da lei, qualquer que seja o seu significado, mas sim sujeição à lei somente enquanto válida, ou seja coerente com a Constituição. E a validade já não é, no modelo constitucionalista-garantista, um dogma ligado à existência formal da lei, mas uma sua qualidade contingente ligada à coerência — mais ou menos opinável e sempre submetida à valoração do juiz — dos seus significados com a Constituição. Daí deriva que a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a própria lei, relativamente à qual o juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por elas estabelecidos”.

É a partir dessa nova compreensão do papel do juiz e na mesma linha dos demais atores jurídicos no *Estado Democrático de Direito* e, assim, do reconhecimento de suas funções de *garantidores* dos *Direitos Fundamentais* inseridos ou decorrentes da Constituição Federal da República, que o ordenamento infraconstitucional deve ser aferido. Com efeito, essa *oxigenação constitucional* pressupõe a compreensão hermenêutica da própria Constituição, principalmente em face da Constituição Federal de 1988, que elencou diversos direitos e garantias no âmbito social e do Estatuto da Criança e do Adolescente anteriormente sonogados pelos textos legais, mormente pelo Código de Menores.

Destaco, ao arremate, que descabe a aplicação do art. 181 do Estatuto da Criança e do Adolescente, posto que a divergência se refere aos requisitos para homologação e não ao seu mérito.

Por tais razões, assumida a matriz garantista, não tendo sido o adolescente assistido por advogado, cabe ao magistrado **deixar de homologar** a remissão encaminhada pelo representante do Ministério Público, **devolvendo** o processado para sanção de tal requisito de desenvolvimento válido e regular do ato judicial. Somente assim se cumpre o *devido processo infracional*. Essa a tarefa... 

Notas

- (1) **FAZZALARI, Elio.** *Istituzioni di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1989, pp. 72 e segts. Consultar ainda: *Rivista di Diritto Processuale*, n° 4, outubro-decembro 1994, pp. 911/925.
- (2) **GONÇALVES, Aroldo Plínio.** *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 115.
- (3) **SARAIVA, João Batista Costa.** *Direito Penal Juvenil - Adolescente e Ato Infracional*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2002, pp. 59-60.
- (4) Nesse sentido, v. g. Apelação n° 70003244217, de Esteio, do egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, des. **Rui Portanova**.
- (5) **FERRAJOLI, Luigi.** *Direito e Razão*, São Paulo: RT, 2002. Conferir, ainda, **ROSA, Alexandre Morais da.** *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Florianópolis: Habitus, 2002 e **CARVALHO, Salo de.** *Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- (6) **FERRAJOLI, Luigi.** “O Direito como sistema de garantias”. In: **OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades** (org.). *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 90-91.

Alexandre Morais da Rosa

Juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude em Joinville/SC, mestre em Direito (UFSC) e doutorando em Direito (UFPR)

O ASSÉDIO SEXUAL E AS VAGABUNDAS DAS MINAS GERAIS

Alexandra Lebelson Szafir

Recentemente, muitos leram, com perplexidade, sobre o ajuizamento de uma queixa-crime contra um ministro do Superior Tribunal de Justiça, em que sua assessora o acusa da prática de assédio sexual.

Poucos anos atrás, quando a criminalização da figura do assédio sexual ainda era um projeto, muitos temiam pelos abusos que poderiam surgir. Tal preocupação parece estranha. Afinal, quem, nos dias politicamente corretos de hoje, seria contra a defesa das mulheres que, no trabalho, são vítimas dessa prática odiosa?

Os recentes fatos, envolvendo o ajuizamento de uma queixa-crime contra um ministro do Superior Tribunal de Justiça por sua assessora, explicam o porquê de nossa posição. A criminalização da figura do assédio sexual propicia justamente o surgimento de fatos como esse, em que de um lado uma pessoa vê-se processada por fatos os quais, mesmo que venham a ser comprovados, não constituem crime sequer em tese, ocupando-se a Justiça Criminal de algo que não tem qualquer relevância na esfera penal; e de outro lado anos de luta pela emancipação feminina são jogados na lata do lixo, pois a mulher é tratada como um “bibelô” indefeso que não sabe reagir a propostas amorosas

que, mesmo indesejadas e/ou inconvenientes, nada têm de criminosas.

Com relação à primeira parte da afirmação, a absoluta ausência de crime é evidente, mesmo que, repita-se, sejam verdadeiros todos os fatos narrados na queixa-crime — cujo teor integral foi divulgado pela *internet*, aliás surpreendentemente, dada a natureza da matéria, a qual, por ser referente à intimidade dos envolvidos, deveria tornar os autos sigilosos.


Seja como for, a queixa-crime narra que a vítima era assessora do referido ministro, o qual, por sua vez, era amigo de seus pais, quando ele, a partir de fevereiro do corrente ano, teria começado a dirigir-lhe “*olhares pouco usuais, palavras de sentido duplo, insinuações*”. Suas ações, no decorrer dos meses, teriam evoluído para, em datas diversas, pedir-lhe um abraço, tentar segurá-lhe as mãos e — pecado dos pecados, “*crime*” supremo! — finalmente pedir-lhe um beijo, após fitá-la “*com um olhar enlouquecido*”, ocasião em que as pobres profissionais de Minas Gerais foram mencionadas pela suposta vítima (“*Ministro, por acaso o senhor está me confundindo com as vagabundas das Minas Gerais?*”), em reação à ousadia de seu “*algoz*”, o qual, ainda assim, em ocasiões posteriores, teria chegado a dizer

que ficara excitado com tapinhas amigáveis que a vítima lhe dera no ombro e, de outra feita, voltou a lhe pedir um abraço.

Esta é a totalidade das ações que, segundo a acusação, constituiriam o crime de assédio sexual. Apenas para ter as idéias claras antes de chegar ao ponto, é bom lembrar exatamente qual a conduta definida por lei como criminosa:

“*Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício do emprego, cargo ou função: Pena — detenção, de um a dois anos*”.

Como se vê de pronto, para que se configure o assédio sexual punível, não basta que o autor do fato seja superior hierárquico da vítima ou tenha sobre ela ascendência em razão do emprego. É essencial que o agente “*se prevaleça*” de tais condições para obter favores sexuais. É o caso, por exemplo, do patrão que ameaça a humilde funcionária com a perda do emprego necessário à sua sobrevivência, caso ela não ceda a seus impulsos sexuais.

Não é por outra razão que a lei utiliza o termo **constranger** que, nas palavras abalizadas de **Celso** e **Roberto Delmanto**, **Roberto** 

➔ **Delmanto Junior e Fabio M. Almeida Delmanto** (*Código Penal Comentado*, 6ª ed., São Paulo: Ed. Renovar, 2002, p. 470), “*tem o sentido de forçar, compelir, obrigar*”. Ora, mesmo na narrativa feita pela vítima, sem sequer se ouvir o suposto autor do fato para que confirme ou desminta essa versão, percebe-se que, em momento algum lhe é atribuído o ato de forçar, ou tentar forçá-la a algo. A própria queixa-crime utiliza os termos “pediu”: “*pediu-lhe que o abraçasse*”, “*pediu à querelante que lhe desse um beijo*” e, novamente, “*pediu-lhe que o abraçasse*”. E, ainda segundo a narrativa da própria vítima, o ministro nunca teria ido adiante após suas reações. Em uma das vezes, segundo consta da queixa, “*o que-relado se desculpa*”.

Assim, o que se percebe, em se comprovando os fatos narrados na queixa-crime, nada mais são do que investidas de um homem apaixonado, ou interessado, como se queira chamar, que, por acaso, ocupava cargo de superior hierárquico da suposta vítima. Não há qualquer indício — pois nem a própria mulher que se diz vítima o acusa disso — de que o ministro tenha tentado forçá-la a algo, prevalecendo-se de seu cargo. Se isso tivesse ocorrido, teria sido essencial que tal circunstância fosse descrita na queixa-crime para que esta contivesse a descrição de um fato típico. E eventual “*temor reverencial*” unilateral que a vítima possa sentir não supre a necessidade de que a ação do autor tenha sido praticada com a prevalência do cargo superior. Caso

contrário, estar-se-á criando uma nova lei, não escrita nos Códigos: “*Aquele que ocupe cargos superiores não pode, jamais, apaixonar-se por suas subordinadas e, se o fizer, não pode externar seus sentimentos, mesmo que dê a elas completa liberdade para recusar as investidas*”. Verdadeiro contra-senso!

Não bastasse isso, de outro lado, é indispensável que o objetivo do autor seja obter “*vantagem ou favorecimento sexual*”. Nas palavras dos **Delmanto**, “*a vantagem ou favorecimento sexual a que se refere este art. 216-A deve ser o de manter conjunção carnal ou de praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Por tal motivo, bem como em face do princípio da proporcionalidade, não se configura o crime se o intuito do agente é apenas o de fazer galanteio, ‘paquerar’, ‘flertar’, ou de obter simples beijo ou abraço*” (*Código Penal Comentado*, ob. cit., p. cit., grifos nossos).

Como se viu, segundo a vítima, o ministro nada mais fez a não ser pedir um beijo e abraços.

Ora, parece claro que não se está diante da figura de assédio sexual quando: *i*) o autor não se prevalece de seu cargo, e *ii*) não busca favores sexuais.

E, aí, se chega ao segundo ponto mencionado no início do artigo: o malefício que o ajuizamento de uma queixa-crime como esta traz à causa da emancipação feminina. Afinal, se a mulher pretende sair do casulo do lar, onde, devidamente protegida como um ser meio incapaz, não tem contato com o mundo exterior — e a geração de nossas mães lutaram

anos para isso —, ela deve estar preparada para se confrontar com situações como esta, as quais, embora possam ser desagradáveis e constrangedoras (no sentido leigo da palavra), não são, de forma alguma, criminosas.

A utilização da figura penal do assédio sexual para o ajuizamento desse tipo de queixa nos parece o primeiro passo num caminho já trilhado pelos Estados Unidos, onde até mesmo um inocente convite para sair ou um olhar de admiração podem gerar processos milionários, influenciados pelo puritanismo exacerbado do americano médio, herança da colonização protestante. Será que, antes de se fazer um elogio, ou um pedido de beijo, é imperioso que o agente indague se a destinatária se sentirá ofendida? Será que a mulher não pode simplesmente recusar as propostas sem que, por causa disso, o autor destas tenha cometido um crime?

O grande malefício dessa queixa-crime, além de ocupar o Juízo criminal com questões que não lhe dizem respeito, é mostrar a mulher como um ser ingênuo, extremamente frágil, que não está apto a se defender de uma proposta amorosa indesejada. Ora, a vítima, pelo que se depreende da queixa, tinha — e tem — todas as condições de se defender. Não parece razoável que precise se socorrer do Judiciário para tanto. ◉

Alexandra Lebelson Szafir
Advogada em São Paulo

Alexandra Lebelson Szafir

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DEMOCRACIA

Ranulfo de Melo Freire

Decorrencia da modernização da sociedade, resultado da eficiente atuação do Promotor de Justiça, ampliando, pelo trabalho, a esfera da competência funcional — acabou, o Ministério Público, por assenhorear-se, devidamente, dos predicamentos da Magistratura (vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos), garantias necessárias ao desempenho das relevantes funções na área penal (onde divide com o juiz o controle do processo), no processo civil (curadoria de acidentes, de menores, de fundação, etc.), na Justiça Eleitoral, na Justiça do Trabalho, junto ao Código de Defesa do Consumidor, junto ao Estatuto da Infância e do Adolescente, etc.

“*Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado*”, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis tem, o Ministério Público, a mais, o direito-dever de promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Como se houve o Ministério Público no papel que a Constituição o investiu?

Seja no confronto físico com os problemas (ouvindo, convocando), seja no manuseio, principalmente, da ação civil pública, “*a defesa da sociedade, na globalidade de seus interesses, faz emergir um promotor de Justiça cuja atuação extrapola os limites do processo judicial e das atividades ligadas à persecução penal; estas, até então preponderantes. Com perfil atualizado, o promotor — ombudsman substitui a figura anacrônica do implacável acusador criminal*” (promotor de Justiça **Marcelo Pedroso Goulart**, em *Revista Jurídica* n° 1/13).

Vivenciando a norma (Constituição Federal, arts. 127, 129, III), o Ministério Público saiu a campo atraindo com um sem-número de entidades, cujos interesses, de ordem pessoal, não se irmanavam com os da coletividade. É a luta em defesa do consumidor, do meio ambiente, da saúde, do deficiente, dos Direitos Humanos.

Leitura vertical dos jornais já dá mostra do que o Ministério Público vem fazendo nas suas dezenas de curadorias, em prol da variada gama de desassistidos — velhos, deficientes, menores, fauna, flora, meio ambiente (desmatamento criminoso, poluição d’água, ar, etc.).

Ainda assim, pareceu-me valioso aferir es-

ses enunciados através de uma amostragem — no caso, uma cidade de pequeno porte onde, como filho da terra, tenho condição de atuar bem próximo da categoria de **observador participante**, técnica de uso freqüente em antropologia.

Em Alpinópolis ou Ventania, comarca de primeira entrância, há uma promotora de Justiça, dra. **Cristina Bechara Kallas**, que encarna, engrandecendo, a instituição: pessoa de bom caráter, culta, dedicada à função, zelosa no atender aos reclamos do processo, em ouvir as pessoas que vão ao fórum consultá-la. Mas, o que mais importa, essa moça de fala mansa, lhana no trato (pessoa com quem a gente do campo não se vexa de conversar), tem olhos de ver, tomada a expressão no sentido lato: na acepção de ver o fato social, perceber que ele afronta o Direito e agir com os poderes que a Constituição da República conferiu ao Ministério Público. É o exigir uma postura civil dos que tratam com a natureza: extrair a **pedra mineira**, sem degradar a montanha (a olho nu se vêem crateras que, antes, o abuso ia cavando); o lixo policiado para não infectar o povo; o límpido lago da barragem ➔

Ranulfo de Melo Freire

de Furnas sem os dejetos de pocilgas, esgotos, a envenenarem os peixes e, até, a água de uso da gente pobre que, desassistida, não vai saber o que é água potável; os açougues, com carne atestada pelos órgãos da saúde animal; controle de desmatamentos; preservação de pássaros silvestres.

Se é certo que ela pôs em ação um potencial de expedientes suasórios, é certo, também, que não hesitou usar os meios legais, quando topou com a cara feia dos que lucram com o afrontar a natureza. Mostram-no os fastos do expressivo registro forense de ações civis públicas e de inquéritos que a promotora de Justiça moveu contra os recalitrantes. Os efeitos da ação pedagógica se espelham na queda dos índices estatísticos: 48 procedimentos, em 1999; 39, em 2000; 20, em 2001.

Esse, o retrato do Ministério Público, em geral.

Há, contudo, um porém.

Tendo, embora, os poderes formais de um *ombudsman*; contanto, em suas fileiras, com uma expressiva maioria que se afina com o dever de zelar pelos “direitos assegurados na Constituição” — carece, o Ministério Público, de um requisito que foi conferido ao juiz como condição de independência e imparcialidade: a vedação da atividade político-partidária.

Demonstremos o quanto isso foi danoso.

No que concerne ao controle externo da Polícia (art. 129, VII, da Constituição Federal), serve, de ilustração, o comportamento do Ministério Público no episódio da chacina da Casa de Detenção, suscitando críticas e reservas em todos os setores atuantes da sociedade (Ordem dos Advogados, CNBB, SBPC, organizações de direitos humanos, universidade, comunidade de artistas, imprensa, entidades estudantis), com o argumento de que a Promotoria de Justiça não agiu, como deveria, por motivo de o governador e secretário da Segurança provirem de seus quadros.

Difícil, para o promotor de Justiça, fiscal da lei e de sua execução (art. 257 do CPP), proteger o patrimônio público e social, defender o meio ambiente, curar dos interesses difusos e coletivos (Constituição, art. 129, III), se o partido político do promotor de Justiça (caso seja candidato, ele tem que ser de algum partido) não pode dispensar a moeda das empreiteiras, dos tocadores de obra, das empresas, entidades que, por sinal, são a boa parte dos que afrontam esses direitos.

Convém insistir na questão político-eleitoral, porque essa questão se imbrica com a do papel que cabe ao Ministério Público no resguardo dos valores democráticos (Constituição Federal, arts. 127, 129).

As eleições do Brasil não foram sempre — não podiam ser — como as de hoje; entre o pleito legal e o pleito real a diferença era, incomensuravelmente, maior. Não havia Justiça Eleitoral, simplesmente porque não havia eleitor. A “eleição a bico de pena” era

modalidade de nomeação; como, também, a “de degola”. Na palavra de **Raul Fernandes** (que cito de segunda mão), “as eleições constituem uma comédia e o reconhecimento de poderes, uma tragédia. Ninguém tinha certeza de se fazer qualificar; votando, que lhe contasse o voto. Contado o voto, ninguém tinha a segurança de que, se eleito, seria reconhecido” (**Assis Brasil**, idem).

Sucessivas reformas na legislação eleitoral e a inserção do tema na agenda política a partir da década de 30 operaram mudanças que o discurso de hoje chamaria pontuais, mas a persistência da defasagem entre o que se postulava na lei e o que advinha das eleições não poderia ser explicada por quem atribuisse “os defeitos de nosso regime representativo a fatores de ordem puramente ou predominantemente política. Por esse mesmo motivo, a atenção dos observadores quase sempre se desviava dos fatores econômicos e sociais, mais profundos, que eram e ainda são os maiores responsáveis pelo governismo e, portanto, pelo falseamento intrínseco da nossa representação” (**Victor Nunes Leal**, *Coronelismo, Enxada e Voto*, ed. Alfa-Omega, 1949, p. 241).

Herança patriarcal (não esquecer nossos assomos de donatários, de capitães-domato, de coronéis), mescla de público com o privado, ou melhor, apropriação do público pelo privado — o patrimonialismo de **Weber** (v. *Economía y Sociedad*, I/190-204; Fondo de Cultura Económica, 1969) resultou, aqui, numa troca descerimoniosa do voto pela cesta básica, troca, sublinhe-se, em que a ofensa ao Direito, à ética, é obra, quase sempre, apenas, do endinheirado, ao passo que necessidades materiais e o mau exemplo dos “de cima” podem, às vezes, explicar, justificando, a participação do eleitor no expediente burloso.

Já não é o “voto de cabresto”; já não é o “voto ao favor”, ou “do porrete”. O coronel da fazenda foi substituído pelo “dr.” malandro, de burra cheia, embora, nem sempre, saia de seu bolso o dinheiro de contado...

Ainda bem que a história muda, e muda pra melhor!

Há, hoje, uma Justiça Eleitoral que se aperfeiçoa no corpo de uma Democracia que, também, se aperfeiçoa.

Expressa-o, bem, a Lei nº 9.840/99 (obra de **Chico Withaker**, **Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior**, **Aristides Junqueira Alvarenga**, **José Gerin Cavalcanti**), preferindo ape-

nar a infração eleitoral com sanções políticas (inelegibilidade, cassação de registro ou de diploma) a impor penas do Direito Penal, que resultavam em impunidade.

Fica de pé a questão constitucional — isso de misturar política e justiça, de que já se queixava **Nabuco de Araújo**, no Império, ao paragonar as duas modalidades de magistratura: “Não basta que o magistrado seja reto, justo, dizija ele na sessão de 10 de abril de 1850, é preciso que ele seja tido como tal aos olhos do povo para que a sua autoridade tenha o respeito de todos. O magistrado político (no nosso caso, o promotor político) por mais esforços que faça para ser justo, para ser reto, paira sempre uma certa suspeita de parcialidade sobre seus atos que destrói a força moral que lhe é mister” (**Joaquim Nabuco**, *Um Estadista do Império*, tomo I/87, Companhia Editora Nacional, 1936).

Vem a calhar, nos dias de hoje, a advertência de **Nabuco**, pai. É que a Magistratura, picou-a, também, a mosca azul da política: “Anuncia-se que presidentes de tribunais superiores como **Paulo Costa Leite**, do Superior Tribunal de Justiça, e **Almir Pazzionoto**, presidente do Superior Tribunal do Trabalho, seriam convidados por partidos políticos para se aposentarem e concorrerem às eleições deste ano. Trata-se de decisão que ultrapassa os limites dos interesses individuais dos ministros e dos partidos políticos. Interfere gravemente na imagem e na função do próprio Poder Judiciário” (**Joaquim Falcão**, “Quarentena para Juízes”, *Folha de S. Paulo*, de 20/03/2002). E a justificar as apreensões do professor **Falcão**, tivemos, em nosso Estado, há menos de década, farto noticiário de tratativas tendentes a viabilizarem candidaturas, participação em governo, de magistrados em véspera de aposentadoria.

A Democracia é um processo (ato de ir por diante, **Aurélio**); a nossa ganhará muitos pontos com o vedar ao promotor de Justiça a política partidária, cuidando, o Estado, ademais, de normatizar a quarentena que obste ao tráfico de influências, objeto das lúcidas ponderações do professor da UFRJ.

Implica, isso, nova redação ao art. 128, II, letra “e”, da Constituição da República: “exercer atividade político-partidária”, riscada a feia demasia “salvo exceções previstas na lei”. ◉

Ranulfo de Melo Freire
Desembargador aposentado do TJ/SP

ZAFFARONI NA CORTE SUPREMA ARGENTINA

O jurista argentino **Eugenio Raúl Zaffaroni** foi designado, no dia 16 de outubro p.p., para ministro da Corte Suprema em seu país.

Professor titular da Universidade Nacional de Buenos Aires, escreveu várias obras, dentre as quais destacamos *Em Busca das Penas Perdidas: A Perda da Legitimidade do Sistema Penal*, tendo utilizado sua sensibilidade para contribuir de modo crítico com a Criminologia e o Direito Penal latino-americanos.

De vez em quando aparece uma comissão parlamentar de inquérito alardeando que vai intimar integrantes do Poder Judiciário Nacional para prestar depoimento acerca de suas decisões.

No sistema de tripartição de Poderes como o nosso não se admite, em princípio, a intromissão de um sobre as atividades-fins de outro. Embora esta seja a regra, de forma excepcional o sistema admite que um Poder exerça atribuição de outro. Tanto assim é, que a missão precípua do Poder Judiciário reside em fazer a entrega do direito ao seu verdadeiro titular conforme um ordenamento jurídico advindo do Poder Legislativo. Mesmo assim, o Judiciário legisla e executa. Legisla quando elabora regimento interno dos tribunais. Executa quando administra e faz cumprir suas próprias ordens na esfera administrativa.

O Poder Legislativo, por sua vez, inobstante sua função específica seja a elaboração do ordenamento jurídico pátrio, excepcionalmente também exerce atribuição dos demais Poderes da República. Executa quando administra seu quadro de pessoal. Sua função julgadora reside no “julgamento” das mais altas autoridades dos demais Poderes, a exemplo dos julgamentos do Presidente da República, ministros do Supremo Tribunal Federal, procurador-geral da República e o advogado-geral da União nos crimes de responsabilidade. Se a investidura no cargo é de natureza política, de natureza política também deve se revestir o julgamento.

Já o Poder Executivo legisla através das intrometidas medidas provisórias, leis delegadas e regulamentos da administração. A função julgadora do Executivo, por sua vez, ocorre quando há julgamentos nos procedimentos administrativos na ordem interna do Poder, com exponencial relevo nos contenciosos administrativos.

Os privilégios e garantias atribuídos aos cargos — antes fictícios criados por lei para desempenho de atividade específica — na Administração são estendidos *ipso facto et ipso jure* aos seus ocupantes, enquanto no exercício da função de Estado estiverem. Nessa linha lógica de imaginação, os agentes políticos, assim denominados por ser integrantes de Poder, a nosso entender, servidores públicos por excelência, não estão obrigados a prestar esclarecimentos ou dar satisfação sobre suas atividades específicas o outro Poder. No plano federal, e aí se estenda às órbitas dos Estados-membros, um presidente de República ou quem lhe faça as vezes, não está obrigado constitucionalmente a comparecer e depor perante CPI criada pelo parlamento federal. Nada impede que seja instaurada, presente seu pressuposto constitucional para tanto; mas não

obriga o comparecimento para explicar sobre seus atos de Estado.

Essa linha de pensar se estende aos ministros do Supremo Tribunal Federal e demais Tribunais Superiores, juízes federais e do trabalho de primeira e segunda instâncias nos atos praticados na função ou em razão dela. É verdade constitucional que as decisões do Poder Judiciário são fundamentadas juridicamente; mas nem por isto o seu prolator está obrigado a se explicar perante órgão de outro Poder sobre as razões que o levaram a decidir daquela forma. Quando no ofício judicial algum membro de Poder se desgarrar das raízes da legalidade e praticar atos infracionais ou crimes, na ilusão de que os atos judiciais somente se atacam mediante recurso, restam-lhe as punições administrativas e criminais, já que nenhuma função de Estado, mesmo a judiciária, tem o condão de encobrir crimes e infrações administrativas.

Em assim sendo, admitindo-se, *in thesi*, a explicação das razões subjetivas de despachos, sentença ou acórdão, estar-se-ia, *mutatis mutandis*, abrindo a festejada oportunidade de o Poder Judiciário indagar dos senhores parlamentares sobre as razões de ordem subjetivas pelas quais votaram ou deixaram de votar em determinados projetos de leis. Com reflexo, ainda afirmamos que o fato dessas autoridades não estarem obrigadas a comparecer e depor perante CPI não impede que investigações sejam feitas em suas administrações que impliquem instabilidade de ordem legal e institucional ou para apurar, por exemplo, acusações correntes nas esferas dos três Poderes de crimes de tráfico de influência, exploração de prestígio, emprego irregular de verbas ou rendas públicas, concussão, corrupção passiva, prevaricação, condescendência criminosa, advocacia administrativa e tantos outros delitos perpetrados contra o patrimônio do povo.

Todos esses fatos e atos não são atos típicos — legislar, executar e julgar — de qualquer dos Poderes da República. Daí a possibilidade de investigação sobre os mesmos, independentemente do comparecimento e depoimento dos representantes das instituições. O resultado das investigações, é óbvio, será remetido para o Ministério Público para fins de promover a responsabilidade por crime comum, ou concorrentemente por crime de responsabilidade pelo Congresso Nacional, sem prejuízo do ressarcimento ao erário por improbidade administrativa.

Nesse desiderato, os membros do Judiciário, como integrantes de Poder, não são juridicamente, hierarquicamente ou administrativamente compelidos a serem inquiridos por CPIs instituídas por qualquer casa legislativa, ou seja, perante outro Poder da República acerca de seus atos jurisdicionais. Se houver

infração administrativa ou criminal nos atos pretensamente jurisdicionais, arroste o malfeitor as conseqüências que o ordenamento impõe. Daí que a intimação de magistrado — dê-se-lhe o tratamento que desejar, mesmo por meio da via espúria do ato administrativo-resolução — de desembargador, ministro ou juiz violaria o princípio da independência do Poder Judiciário. Sendo assim, os magistrados de qualquer instância não devem se dar ao desleixo de serem intimados ou notificados, nem muito menos coagidos ao comparecimento, mesmo com anuência do tribunal a eles vinculado ou dos decaídos conselhos da Magistratura, já que ordens e conselhos ilegais não se devem cumprir, para não serem co-autores do arbítrio, sem contar que órgão disciplinar não tem poder coercitivo, próprio da jurisdição. Qualquer forma de interferência ou desrespeito à autonomia de um Poder da República por outro se constitui em intromissão indesejada e malquerida.

A nosso entender, manifestação desse naipe deve ser extirpada do cenário jurídico nacional por se revelar intervenção federal ou estadual disfarçada. Demonstra um contrassenso constitucional, já que a razão justificadora de intervenção federal está em garantir o livre exercício de qualquer dos poderes estaduais. Acreditamos fielmente que os integrantes do Ministério Público desfrutam das mesmas prerrogativas dos magistrados no tocante a não serem ouvidos em CPIs criadas por qualquer entidade estatal. Dúvida alguma nos resta de que o Ministério Público, embora não sendo, nem integrando qualquer dos Poderes da República, exerce função típica de Estado, pois, como instituição permanente, é essencial à função jurisdicional, sendo-lhe assegurada absoluta independência funcional, administrativa e financeira. Se em tudo se equipara a agente político, nada mais lógico e jurídico que se lhe estendam as prerrogativas, inclusive de não ser intimado para depor em Comissão de Inquérito.

Finalizamos trazendo à colação um precedente relativamente recente do STF, concedendo ordem de *habeas corpus* preventivo manejado por membro do Poder Judiciário para não ser compelido a comparecer e depor perante CPI: “*Ementa: Habeas corpus preventivo. Comissão Parlamentar de Inquérito. Convocação de juiz. Princípio da independência dos Poderes — Convocação de juiz para depor em CPI da Câmara dos Deputados sobre decisão judicial caracteriza indevida ingerência de um poder em outro*” (HC n° 80.089-1/RJ, DJ 29.09.2000). (C)

Francisco Rodrigues da Silva
Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal
por Distribuição do Recife

QUAL O MELHOR MODELO PARA A INVESTIGAÇÃO DO ACIDENTE COM O VLS-1?

Petrônio Noronha de Souza

Petrônio Noronha de Souza

Ainda sob o impacto do trágico acidente do dia 22 de agosto, que levou à morte 21 técnicos e engenheiros do Centro Técnico Aeroespacial (CTA) e à destruição do terceiro protótipo do VLS-1 além da quase totalidade da Plataforma VLS do Centro de Lançamentos de Alcântara (CLA) e de dois satélites nacionais (Satec e Unosat), é necessário pensar no impacto desse evento nas atividades do Programa Nacional de Atividades Espaciais (PNAE), e em quais serão as ações para a retomada de seu curso.

Este processo é longo e envolve diversas etapas em dois níveis, a saber: a investigação do acidente; a determinação das causas do mesmo; o estabelecimento de recomendações corretivas nos níveis técnico, gerencial, organizacional e institucional; sua aprovação e implementação. Em outro nível devem ser revistos os objetivos e ordem de prioridades do PNAE, com o conseqüente reflexo nas futuras decisões relativas à alocação do orçamento governamental plurianual, à política de mão-de-obra pública do setor, e à política industrial para o programa espacial brasileiro.

O objetivo deste artigo é discutir alguns aspectos relevantes da investigação do acidente, e para tanto é necessário entender seu significado para as atividades espaciais brasileiras, tendo em vista as seguintes razões: o elevado número de mortes (o maior com a exceção de um acidente ocorrido na torre de lançamentos de um lançador soviético nos primórdios de seu programa espacial), e a conseqüente perda de competências únicas no país e da sua experiência acumulada; a perda total de mais um protótipo do VLS-1; e a perda de parte da infra-estrutura da base de lançamentos.

Por estas razões, fica claro que este acidente transcende em muito os dos dois protótipos anteriores, que não ocasionaram perdas outras além dos protótipos e satélites neles montados.

Nos dois casos anteriores, comissões de investigação foram designadas com o objetivo de determinar a(s) causa(s) técnicas dos acidentes, objetivo que foi, ao que tudo indica, alcançado nas duas ocasiões. Duas características chamam a atenção nas referidas comissões. A primeira refere-se à sua constituição e coordenação. Nos dois casos elas foram coordenadas e constituídas em sua maioria por integrantes das instituições governamentais diretamente ligadas ao programa espacial brasileiro, e em vários casos diretamente ligados às atividades de projeto ou lançamento. A segunda refere-se ao escopo de seu trabalho que, aparentemente, teve o objetivo exclusivo de produzir um laudo técnico.

Cabe agora perguntar se este mesmo modelo de constituição da comissão e escopo de

investigação é adequado para o recente acidente do VLS-1.

É importante notar que em momento algum se questiona a competência, a seriedade e a integridade dos profissionais envolvidos nas investigações anteriores. O objetivo é aqui apenas o de colocar em discussão a adequação do modelo anterior para um caso de muito maior envergadura.

Com o objetivo de auxiliar nesta discussão, seria interessante observar como outros países (e suas respectivas agências espaciais) têm conduzido investigações após acidentes de magnitude comparável, e que também incluíram a perda de vidas.

Como exemplos a serem estudados podem ser tomados os casos americanos dos acidentes com os Ônibus Espaciais da Nasa *Challenger* (em janeiro de 1986) e *Columbia* (em fevereiro de 2003).

Como se sabe, cada um deles levou à morte sete astronautas e à perda de elementos de vôo virtualmente insubstituíveis pertencentes tanto à Nasa quanto a empresas americanas, a começar pelos próprios veículos. Nas duas ocasiões a Nasa criou comissões internas de investigação para a apuração das causas dos acidentes e elaboração de recomendações. No entanto, essas comissões não eram reconhecidas pelo governo americano como as oficialmente responsáveis pelas investigações.

De fato, a responsabilidade ficou sempre a cargo de comissões inteiramente independentes, que receberam mandato e recursos para uma apuração cujo escopo sempre foi além da determinação das causas eminentemente técnicas dos acidentes, e ao longo das investigações a Nasa teve que pôr à disposição das comissões todos os técnicos, documentos e informações requisitados.

Finalmente, elas atuaram com delegação do presidente americano, para quem o resultado final foi encaminhado.

No caso do acidente da nave *Challenger*, a comissão designada foi coordenada por **William P. Rogers** e teve como objetivos: a) rever as circunstâncias que cercaram o acidente e estabelecer as suas prováveis causas; b) elaborar recomendações de ações corretivas ou de outra natureza baseadas nas descobertas da comissão e outras determinações suas.

Trata-se de um mandato comum nesses casos, mas chama a atenção o fato de a comissão ser inteiramente independente e constituída por treze membros não envolvidos com a missão a ser investigada, dentre eles o físico **Richard Feynman**, que foi quem primeiro identificou e demonstrou o problema técnico causador do acidente.

A comissão foi dotada de amplos poderes de investigação que resultaram em uma lista

de nove ações a serem implementadas pela Nasa que foram muito além do meramente técnico, por atacarem problemas de ordem gerencial e de tomada de decisão, identificadas como as verdadeiras causas do acidente.

No caso da nave *Columbia*, foi novamente constituída uma comissão independente, coordenada agora pelo almirante **Harold Gehman**, que inclui outros doze membros, sendo apenas um da Nasa. Ela iniciou seus trabalhos logo após o acidente em 1 de fevereiro de 2003, e seus objetivos e poderes são os seguintes (de forma simplificada): a) conduzir atividades de acordo com a política e os procedimentos adotados pela Comissão; b) agendar atividades, relatórios interinos, e a submissão do relatório final quando a Comissão considerar apropriado; c) determinar os fatos, bem como a real ou mais provável causa do acidente com base nas causas fundamentais (*root causes*) dominantes ou intervenientes, e recomendar ações preventivas ou de outra natureza que evitem sua recorrência; d) as investigações não serão conduzidas ou usadas para determinar questões de culpabilidade, imputabilidade legal, ou ação disciplinar; e) usar os recursos de qualquer natureza da Nasa que julgar apropriados para conduzir sua investigação, na forma que julgar necessária, podendo também recorrer a suporte externo na forma que julgar apropriada; f) obter e analisar quaisquer fatos, evidências e opiniões que considerar relevantes por meio de relatórios de estudo, recomendações e outras ações de funcionários da Nasa ou de seus contratados, ou por meio da condução de inquéritos, audiências, testes, e outras ações que julgar apropriadas. Ao fazê-lo a Comissão poderá colher depoimentos e testemunhos. A Nasa cooperará integralmente com a Comissão providenciando tudo o que for requisitado.

Além disso, deverá a mesma Comissão: a) manter em custódia bens, equipamentos, e registros que julgar necessários; b) publicar informações e relatórios sobre o acidente na forma que julgar apropriada; c) elaborar recomendações de ações de prevenção, ou de outra natureza; d) fornecer um relatório final escrito quando e na forma que julgar apropriada, que será imediatamente tornado público.

Fica claro, pelo exposto acima, que nos dois casos a independência investigativa da comissão é um aspecto inegociável do processo. É certo que comissões internas são essenciais para a geração de laudos técnicos, posto que seus integrantes detêm os detalhes técnicos e a experiência requerida para tal. Ocorre, porém, que, por razões que transcendem a vontade de seus integrantes, elas não costumam ter a mesma eficácia se obrigadas a ir além da geração de um simples laudo técnico.

co. No entanto, excluindo a possibilidade da ocorrência de fatos absolutamente fortuitos, as falhas técnicas sempre têm como origem uma falha na organização responsável pela sua execução, seja ela humana, de processo, de procedimento, ou outra qualquer, isto sem que necessariamente qualquer regra tenha sido violada.

Em comentário produzido à época das investigações do acidente da *Challenger*, foi dito que “erro, acidente e desastre são socialmente organizados e sistematicamente produzidos por estruturas sociais”, sem que tenham ocorrido erros intencionais ou negligência explícita. A lição extraída do episódio foi que a simples apuração da causa técnica mal arranhava a real origem do problema.

No caso da nave *Columbia*, a postura em prol da independência fica absolutamente explícita em uma sentença na reedição do termo de indicação da comissão de investigação, na qual se diz que “Isto é para garantir que nós removemos qualquer requisito, real ou percebido, para a Comissão coordenar ou esperar a aprovação da Nasa para qualquer aspecto de sua investigação” e segue dizendo que “tomamos a liberdade de remover qualquer referência a supervisão ou revisão de seus esforços por parte da Nasa, eliminamos qualquer referência a limite de tempo para a publicação de seu relatório, que não seja por vocês determinado, e estabelecemos que a Comissão deverá tornar suas conclusões públicas assim que tiverem sido concluídas suas deliberações”.

Já se sabe que o laudo técnico do acidente será de fato uma parcela menor do relatório final, que estará muito mais preocupado em tratar dos aspectos gerenciais e institucionais que levaram ao acidente, do que do já conhecido detalhe do desprendimento de material isolante que danificou a asa do veículo durante o seu lançamento.

No caso do acidente do VLS, sua proporção e conseqüências demandam uma apreciação mais ampla da situação atual do programa, já que admitir a possibilidade da re-

corrência de um acidente como esse é algo impensável. Se há dificuldades no programa, e sabemos que elas existem, que isso seja ampla e abertamente discutido por um grupo competente e independente.

A experiência americana recente mostra que as instituições responsáveis por programas deste tipo somente ganharam, e não perderam, ao final do processo de investigação. O mesmo deve valer para o nosso programa espacial.

Como conclusão, não acreditamos que, se a investigação for rápida e simples, restringindo-se exclusivamente aos aspectos eminentemente técnicos do acidente e evitando discussões ou o tratamento de temas considerados intocáveis, será prestado o serviço que a memória dos que se sacrificaram no acidente merecia. ●

Petrônio Noronha de Souza
Pesquisador do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE)

Petrônio Noronha de Souza

MESA DE ESTUDOS E DEBATES:

O DESARMAMENTO EM QUESTÃO

Maria Eduarda Hasselmann de Oliveira Lyrio

Na data de 28 de agosto deste ano, o **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais** promoveu uma mesa de Estudo e Debate sobre “*Porte de Armas e o Estatuto do Desarmamento*”, com a participação do juiz **Benedito Roberto Garcia Pozzer**, 2º tesoureiro do **IBCCRIM**, e do diretor-executivo do “Instituto Sou da Paz”, **Denis Mizne**.

A mesa versou sobre tema de alta relevância para a sociedade, que tem mostrado seu interesse sobre o assunto desde que este entrou na pauta do Congresso Nacional. Com os números alarmantes da violência nos grandes centros urbanos do País, a população afirma que pode e quer contribuir para a reversão desse quadro e assim se faz presente debatendo, questionando, procurando parlamentares e indo às ruas pela aprovação do Estatuto do Desarmamento.

A pretensão da nova lei não é a de solucionar todas as mazelas que assolam a segurança pública no País. A violência é visivelmente complexa e para combatê-la é necessário um conjunto de ações, que cuidem de outros fatores, além das armas. Dentre esses, a desigualdade social, a qualidade do ambiente urbano, a eficiência e credibilidade dos sistemas de justiça e segurança pública, a geração de renda, para citar apenas alguns.

Embora esteja posto um desafio maior para a política de segurança do País, a opinião pública enxerga acertadamente o desarma-

mento como um passo, dentre outros tantos necessários, nessa direção.

O Brasil, segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), é o país nº 1 em homicídios praticados por armas de fogo. A cada 13 minutos um brasileiro é assassinado com o emprego desse instrumento.

Através de pesquisa de vitimização realizada pelo Ilanud/Datafolha em São Paulo em 1997, estimou-se a existência de armas de fogo em 8% das residências brasileiras. No Rio de Janeiro, a mesma pesquisa, em 1996, avaliou como provável a existência de armas em 9% dos lares cariocas.

São estimativas que não nos conferem números exatos sobre a quantidade de armas no País. O SINARM, Sistema Nacional de Armas, ligado ao Ministério da Justiça, no âmbito da Polícia Federal, e responsável pelo cadastramento de armas no País, tem em seu banco de dados apenas o registro de armas legais. Sobre as armas ilegais, provenientes do contrabando, do roubo, furtos e desvios, restam cifras incertas. Há quem se arrisque a dizer que são ao todo 8 ou até 20 milhões de armas espalhadas em nosso território.

O Brasil não é um país muito civilmente armado quando comparado a outros. Os EUA, conhecidos mundialmente pelo seu arsenal civil, e até mesmo a pacífica Suíça são exemplos de nações que dispõem, proporcionalmente, de um número muito maior de armas nas mãos

da população. Contudo, a violência é fruto de cruzamento de fatores, e os números absolutos de armas em determinada localidade importam, quando comparados à predisposição das pessoas em recorrer a esses instrumentos.

A Suíça possui índices baixíssimos de violência. As armas são para aqueles cidadãos ferramentas da defesa nacional, para casos excepcionais, de um país sem exército. Nos EUA, por outro lado, como bem retrata o filme *Tiros em Columbine*, do diretor **Michael Moore**, o direito ao exercício de defesa patrimonial e pessoal justifica o emprego das armas nas relações interpessoais mais cotidianas.

Desta forma, é importante que a discussão sobre as armas esteja inserida dentro de um contexto que abranja, além dos números absolutos de armas, as características políticas, socioeconômicas e culturais de uma sociedade.

Nos grandes conglomerados brasileiros, o cruzamento, entre o acesso às armas e a predisposição a usá-las corriqueiramente na vida urbana, é refletido nos altos índices da violência. A circulação e o emprego de fato de armas de fogo carregam, anualmente, o peso de 40.000 mortos no País.

Estudos mostram que os homicídios, em nosso território, ocorrem muitas vezes por motivos fúteis. Em São Paulo, segundo dados da Secretaria de Segurança Pública, quase 50% dos homicídios são cometidos

Maria Eduarda Hasselmann de Oliveira Lyrio

► por pessoas sem histórico criminal e por razões banais.

Dados semelhantes foram apresentados pelo sociólogo **Guaracy Mingardi** em uma pesquisa em 1996 que revelou que 46% dos casos de homicídio registrados na Zona Sul da capital, vítima e autor mantinham uma relação prévia de parentesco, vizinhança, amizade, ou outra proximidade qualquer. Esses dados apontam para o fato de que nós nos matamos em situações mundanas, como uma briga de trânsito, uma discussão com o vizinho, um mal-entendido no bar ou um desentendimento em casa. A predisposição para apertar o gatilho é alta.

No entanto, a justificativa mais comum para a compra da arma continua sendo a de pessoas “de bem” que adquirem um revólver legalmente com a finalidade de se proteger dos “bandidos”. A autodefesa pregada pelo recurso às armas, contudo, não é real nem eficaz.

Como demonstrado, aquela arma que, *a priori*, foi comprada para ser utilizada para a proteção da vida, é freqüentemente empregada contra um amigo, um parente ou vizinho em um momento no qual se perde a razão. O que poderia ser um mero bate-boca ou troca de safanões, desencadeia um fato irreversível — a morte.

Além disso, pesquisas sobre defesa e vitimização revelam que a posse da arma como forma de defesa é uma ilusão. Um cidadão armado tem 56% mais chance de ser assassinado em uma situação de roubo do que o que andam desarmados, de acordo com informações divulgadas pela Secretaria de Segurança Pública de São Paulo e pelo **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**.

O fator surpresa e a familiaridade do agressor no dia-a-dia com a arma são elementos de desvantagem para a vítima.

Outro dado a ser levantado é que é comum que a arma legal, brasileira e de calibre permitido, adquirida por uma “pessoa de bem”, transforme-se em arma ilegal, por meio de roubo, furto ou desvio para a criminalidade.

Ignácio Cano, em pesquisa realizada sobre armas registradas e acauteladas, demonstrou que 75% dos crimes são cometidos com armas brasileiras e de calibre permitido, ou seja, provenientes das nossas próprias fábricas. Diferentemente, do que a mídia retrata, os criminosos não se utilizam, na prática, dos fuzis AR-15 ou submetralhadoras Uzi, mas sim das armas que saíram da indústria armamentista nacional sem qualquer restrição. Daí, a importância de criarmos mecanismos que impeçam a venda de armas, a não ser em casos rigidamente excepcionados por lei.

No Estado de São Paulo, em 5 anos, cerca de 77.000 armas registradas foram roubadas, conforme números da divisão de Produtos Controlados da Polícia Civil. No Rio de Janeiro,

segundo a Polícia Civil do Estado, a cada 5 horas, uma arma legal é roubada. Esses são dados oficiais, não incluindo as estimativas dos casos não notificados. Pode-se imaginar, portanto, como o mercado ilegal se serve literalmente das armas à disposição da sociedade civil.

Os argumentos a favor do desarmamento, no entanto, não param por aí.

No que tange aos acidentes e suicídios, os números também são expressivos. As Nações Unidas, em estudos sobre a regulação de armas, revelou que a cada 7 horas uma pessoa é vítima de acidentes com armas de fogo no Brasil. Pessoas com pouca familiaridade com esses instrumentos são atingidas inadvertidamente, sendo as crianças as figuras mais fragilizadas deste cenário.

Pesquisa mundialmente conhecida, publicada no *New England Journal of Medicine*, pelo dr. **Arthur Kellerman**, revela que os lares com armas de fogo têm 11 vezes mais chances de suicídio do que aqueles sem. O Rio Grande do Sul, Estado brasileiro com alta concentração de armas nas mãos de civis, é líder nesta modalidade de atentado contra a vida, contando com uma taxa de cerca de 10 suicídios em cada 100 mil habitantes.

Como vemos, não são poucos os argumentos a favor do desarmamento. A crença numa autodefesa armada é ingenuidade. Disseminadas pela população, as armas não protegem, mas matam. Indiscriminadamente. Elas deixam de colaborar com a segurança pública, para, ao contrário, contribuir para situações de instabilidade coletiva, corrosão do poder de ação do Estado, imposição de desafios à saúde pública e acréscimos de pesados custos à economia e à coletividade.

Por estas razões é que o Estatuto do Desarmamento ganha destaque na vida nacional. Também conhecido como Projeto de Lei nº 1.555, de 2003, o Estatuto visa substituir a Lei nº 9.437/97, ora em vigor, restringindo o acesso às armas de fogo. O referido projeto de lei apresenta inúmeros avanços no que concerne à matéria, como levantado pela mesa de debate realizada no **IBCCRIM**.

O primeiro deles diz respeito à restrição imposta à compra de armas. A lei em vigor é silente em relação ao assunto, apenas determinando o Certificado de Registro de Armas de Fogo como obrigatório. O Estatuto do Desarmamento vai além. Embora também determine a necessidade do registro junto ao SINARM, o art. 4º do referido diploma legal é claro ao impor uma série de requisitos àquele que queira adquirir uma arma de fogo. Além de demonstrar a efetiva necessidade, o comprador deve comprovar: idoneidade, através de certidões de antecedentes criminais, não respondendo por inquérito policial ou processo criminal; ocupação lícita e residência

certa; além de capacidade técnica e aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo. Critérios estes minimamente necessários para a entrega de um instrumento com tamanho poder letal a um indivíduo indistinto.

Outro ponto importante diz respeito ao porte. O porte de armas, hoje, é considerado legal quando concedido por autoridade competente. O porte, para aqueles que não têm ou não obtiveram autorização, é ilegal e considerado crime pela Lei nº 9.437/97. Anterior à lei em vigor, o porte ilegal de armas era mera contravenção penal.

O Estatuto propõe a mudança desse quadro. Segundo suas previsões legais, fica proibido, como regra, o porte de arma de fogo, salvo exceções previstas em lei, como no caso das Forças Armadas, Polícias, Guardas Municipais, e outras instituições de natureza similar. A idade mínima para obtenção do porte, nos casos excepcionais, passa a ser de 25 e não mais 21 anos.

Avanço outro da lei em discussão é o da tipificação penal do tráfico internacional de arma de fogo, ora presente no art. 19 do Substitutivo apresentado pelo relator e deputado **Luiz Eduardo Greenhalgh** da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação. O dispositivo legal, que tem pena prevista de reclusão de 4 a 10 anos e multa, é estratégico. Todas as medidas internas de restrição de armas não serão eficientes se não houver concomitantemente o amparo pela fiscalização das fronteiras, o combate ao contrabando e a imposição de regras sobre a importação e exportação de armas.

Aliada a essas medidas, está também a obrigatoriedade da destruição de armas e munições apreendidas, em menos de 48 horas. A proposta é inteligente e precavida, evitando que, após tantos esforços de diversas partes, estes instrumentos sejam desviados, retornando ao mercado.

No combate ao extravio de armas, temos também a responsabilização penal dos responsáveis por empresas de segurança privada e transportadoras que deixarem de registrar roubo, furto ou desvio de armas de fogo, acessórios ou munição sob sua guarda, nas primeiras 24 horas do ocorrido. O estatuto aqui visa impedir a convivência com a circulação ilegal de armamento.

Por último, vale lembrar que o projeto de lei em referência previu, para o futuro, a proibição não somente ao porte, mas também a comercialização de armas de fogo e munição em todo o território nacional, mediante aprovação de referendo popular a ser realizado em outubro de 2005.

Se aprovado o texto nestes termos, a sociedade brasileira, em 2005, será consultada e chamada a decidir sobre a proibição da venda de armas à população. O único pesar des-

sa medida é que fica ainda protelada, por mais 2 anos, uma decisão urgente, literalmente, de vida ou morte.

Aparentemente já é consenso entre nós o apoio à proibição ao comércio de armas no Brasil. Pesquisa realizada pelo Ibope, no mês de setembro deste ano, com amostragem de 145 municípios brasileiros, constatou que 80% dos entrevistados votariam a favor da proibição da venda de armas a civis em eventual referendo.

Os dados revelados pela população denunciavam a insustentabilidade do cenário que protagonizamos — 76% da população das capi-

tais se disseram interessados pelo assunto, enquanto este número é retratado por 61% nos municípios com mais de 100 habitantes. Dos entrevistados, 82% afirmaram ser a favor das medidas propostas pelo Estatuto e 65% declararam acreditar nas propostas do projeto de lei para ajudar a reduzir a violência no País.

Somos, portanto, a favor da aprovação do Estatuto do Desarmamento. O PL n° 1.555/03 é uma ótima proposta, embora não seja impecável e restem a ele, sim, algumas críticas - as quais, infelizmente, teremos que deixar para uma outra oportunidade.

Contudo, pesando prós e contras, estamos

convencidos de que sua aprovação trará controle sobre a existência e circulação das armas em nossa sociedade, refletindo positivamente no quadro de morbidade do País. Retirando das mãos dos civis as armas que poluem e envenenam nossas vidas, estaremos avançando e disponibilizando esforços para outros desafios de importância crucial, em prol da segurança pública do Brasil. ◉

**Maria Eduarda Hasselmann
de Oliveira Lyrio**

Advogada e coordenadora de Justiça e Segurança do Instituto Sou da Paz

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE: O SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW E O DIREITO PENAL

Cecília Carolina Reia Pinto

Já se tornou praxe no Brasil o uso do Direito Penal pelo poder político, para, em momentos de pressão social, tentar reprimir o crime, adotando medidas extremas e pouco inteligentes.

A mídia de massa bombardeia a cabeça dos cidadãos com idéias simplistas e fórmulas mágicas para fazer a criminalidade “desaparecer”, gerando, com efeito, uma comoção social e um clamor público insano pedindo medidas exasperadas e descabidas, mesmo que desse modo seja necessário, como é cultural por aqui, abrir mão dos direitos e garantias individuais adquiridos ao longo da história.

O Poder Legislativo produz lei penal em larga escala, mesmo sabendo que há muito o endurecimento da norma só produz o enrijecimento do crime. É realmente mais barato e dá muito mais “efeito” editar-se uma lei severa e passional, do que acabar com a corrupção, aparelhar as polícias, reformular o sistema carcerário e implantar medidas criminológicas de combate a criminalidade.

Diante desse quadro, deve-se aplicar a lei penal, mesmo sendo ela intrinsecamente injusta ao caso concreto? É possível o uso da garantia constitucional do *due process of law* no Direito material?

A origem histórica do princípio do *due process of law* nos remete à *Magna Charta Libertatum* outorgada aos nobres ingleses, por **João Sem Terra**, limitando a ação da coroa. Em seu capítulo 39 a Magna Carta inaugura o princípio *per legem terrae*, cuja expressão, com a sua confirmação pelos soberanos britânicos que ascendiam ao trono, vai se incorporando ao ordenamento inglês, sendo substituída posteriormente, por motivos não sabidos, pela expressão *due process of law*⁽¹⁾.

Art. 39 — “*Nenhum homem será preso ou detido em prisão, ou privado de suas terras, ou posto fora da lei, ou banido, ou de qualquer maneira molestado; não procederemos criminalmente contra ele, nem o condenaremos sem um julgamento legítimo de seus pares e pela lei da terra*”.

Ainda com caráter nitidamente processual, a norma se traduzia, resumidamente, na simples garantia de um processo ordenado. Posteriormente, reafirmado na *Petition of Rights* (1628), é inserido no Capítulo 39 da Magna Carta que ninguém poderia ser preso sem a evidência de uma justa causa (*without any cause showed*), evitando com essa inovação as prisões arbitrárias, extraordinárias e ilegais⁽²⁾.

Quando transplantada para o Direito norte-americano, mesmo após a promulgação da XIV Emenda, o princípio ainda tinha caráter meramente processual. Então, confirmando a hegemonia do Poder Judiciário sobre os demais poderes, a Suprema Corte, sobre a luz do conhecimento do juiz **Marshall**, afirma o poder de revisão dos atos dos legisladores quando em desarmonia com os preceitos constitucionais.

Como ensina **Celso Luiz Limongi**⁽³⁾, somente meio século depois deste fato, pela primeira vez, ocorreu uma visão direcionada para conceito substantivo da cláusula, em uma decisão da Suprema Corte da Carolina do Norte.

Mesmo depois de mais um século de uso não foi elaborado um conceito genérico do *due process of law*, pois aprisioná-lo em um conceito estático seria negar-lhe sua essência flexível, que tem a função de adaptar-se ao caso concreto, sem ser capturado por fórmu-

las e conceitos engessados. Uma síntese dessa idéia nos é dada pelo juiz **Frankfurter**: “*Due process não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo. É um delicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício de julgamento por aqueles em que a Constituição confiou o desdobramento desse processo*”⁽⁴⁾.

No Brasil a cláusula foi acolhida tanto no sentido processual como no sentido substantivo; na primeira forma os direitos dos acusados estão protegidos por uma série de garantias, como o direito a uma defesa ampla, ao contraditório, etc.; e de modo ainda tímido a segunda forma, substantiva, se mostra em decisões judiciais, com ênfase na análise de atos do Poder Executivo (como aconteceu com o Plano Collor). **Manuel Gonçalves Ferreira Filho** refere-se à expressão substancial do devido processo legal ao comentar o inc. LIV do art. 5º da Constituição da República: “*o substancial importa em que as normas aplicadas quanto ao objeto do litígio não sejam desarrazoadas, portanto intrinsecamente injustas*”⁽⁵⁾. **Rogério Lauria Tucci**, inspirado em **Calmon de Passos**, complementa: “*o denominado substantivo due process of law reclama, para sua plena efetivação, um instrumento hábil à determinação exegética de preceituações disciplinares dos relacionamentos jurídicos entre os membros da comunidade...*”⁽⁶⁾.

O princípio do devido processo legal substancial se manifesta em todos os campos do Direito por meio de processo judicial ou administrativo.


Na esfera do Direito Penal o devido processo legal substancial, como assevera **Maurício Antonio Ribeiro Lopes**⁽⁷⁾, é princípio

basilar. Traduz-se na possibilidade de discussão da razoabilidade da lei e de sua proporcionalidade, sendo, desse modo, uma combinação entre esses dois princípios e, sempre que bens como a liberdade forem violados ou correrem risco de violação, o devido processo legal substancial deve ser aplicado, não sendo, desse modo, considerado direito subjetivo e sim garantia constitucional estabelecida.

Como doutrina **Rogério Lauria Tucci**, a primeira e mais genérica manifestação técnico-jurídica do *due process of law* corresponde ao estabelecimento da garantia constitucional em si mesma considerada, ... a face substancial do devido processo legal mostra-se na aplicação ao caso concreto de normas preexistentes, que “*não sejam desarrazoadas, portanto intrinsecamente injustas*”⁽⁸⁾.

Portanto a lei penal que violar no caso concreto direitos fundamentais, como a liberdade e a igualdade, não deve ser aplicada; a face substancial do devido processo legal antecede o direito do Estado de punir e, como assevera **Celso Ribeiro Bastos**, “*o princípio se confunde com a definição de Estado Democrático de Direito*”, sendo assim, muito maior e mais digno que uma punição irrazoável e desproporcional.

Deve ser combatida, pelo Poder Judiciário, a idéia de solucionar a onda crescente de ilícitos, com soluções somente repressivas; é preciso combater o delito como fato social e não como conduta isolada de um agente.

O juiz não é uma máquina que aplica a lei mecanicamente; o juiz, a quem a Constituição confiou o papel do Estado de fazer justiça, deve, acima de tudo, aliar seu conhecimento técnico-jurídico à sua sensibilidade, pois “*o Direito não é um produto arbitrário da vontade do legislador*”, a justiça é o exercício da equidade, e uma norma penal estática contraria a própria gênese do Direito. 

Bibliografia

- BITTENCOURT, Lúcio.** *O Controle Jurisdicional das Leis*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense.
- CANOTILHO, J. J. Gomes.** *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995.

VIII ENCONTRO NACIONAL DO TRIBUNAL DO JÚRI

Será realizado, entre os dias 26 e 28 de novembro de 2003, o VIII Encontro Nacional de Tribunais do Júri, em Macapá/AP, numa parceria entre o *Tribunal de Justiça do Estado do Amapá* e o *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM*.

O evento contará com a presença dos drs. **Adamor Oliveira, Alberto Silva Franco, Helder Freitas, João Guilherme Lages Mendes, José Sarney, Márcio Augusto, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Marconi Marinho Pimenta, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Maurício Zanoide de Moraes e Paulo Veiga.**

Informações e inscrições pelo telefone (96) 312-3300, ramais 3125, 3116 e 3389, ou através do site: www.ibccrim.org.br.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª ed., Coimbra: Almedina, p. 1.141.

DÓRIA, Antonio Sampaio. *Direito Constitucional Tributário e Due Process of Law*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GONÇALVES, João Batista. *O Devido Processo Legal e o Pacto de São José da Costa Rica*. Tese de doutorado, USP, 1999.

KLEIN, Inving J. *Constitutional Law for Criminal Justice Professionals*, New York: Coral Gables Publishing Co. Inc., p. 763.

LIBONGI, Celso Luiz. “O Devido Processo Legal Substantivo e o Direito Penal”, *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, vol. 2, nº1, jan./jun, 2001.

RIBEIRO LOPES, Maurício Antonio. *Princípios Políticos do Direito Penal*, 2ª ed., São Paulo: RT, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal - Jurisdição, Ação e Processo Penal (Estudo Sistemático)*, São Paulo: RT, 2002.

Notas

- (1) Cf. **DÓRIA, Antonio Sampaio.** *Direito Constitucional Tributário e Due Process of Law*, Rio de Janeiro: Forense, 1986, pp. 48-49.
- (2) Cf. **CROWIN, E. S.** “*The Doctrine of Due Process of Law Before the Civil War*”, *Harvard Law Rev.*, 1911, vol. 24, pp. 366-369, *apud* **DÓRIA, Antonio Sampaio**, ob. cit.
- (3) “O Devido Processo Legal Substantivo e o Direito Penal”, *Revista Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, vol. 2, nº 1, jan./jun. 2001.
- (4) **DÓRIA, Antonio Sampaio.** *Direito Constitucional Tributário e Due Process of Law*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, pp. 48-49.
- (5) *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, São Paulo: Saraiva, vol. 1, p. 67.
- (6) *Teoria do Direito Processual Penal - Jurisdição, Ação e Processo Penal (Estudo Sistemático)*, São Paulo: RT, 2002, pp. 202-203.
- (7) **RIBEIRO LOPES, Maurício Antonio,** *Direito Penal. Estado e Constituição*, São Paulo: IBCCRIM, 1997, p. 109.
- (8) Ob. cit.

Cecília Carolina Reia Pinto

Estudante de Direito do 8º semestre da Faculdades Integradas de Guarulhos e aluna da Iniciação Científica - Laboratório de Estudos do **IBCCRIM**

Entidades que assinam o Boletim:

— AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas
- Ministério Público do Estado 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
- Associação do Ministério Público do Distrito Federal

— ESPÍRITO SANTO

- Ministério Público do Estado do Espírito Santo

— GOIÁS

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

— MARANHÃO

- Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão
- Centro Unificado do Maranhão - CEUMA

— 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

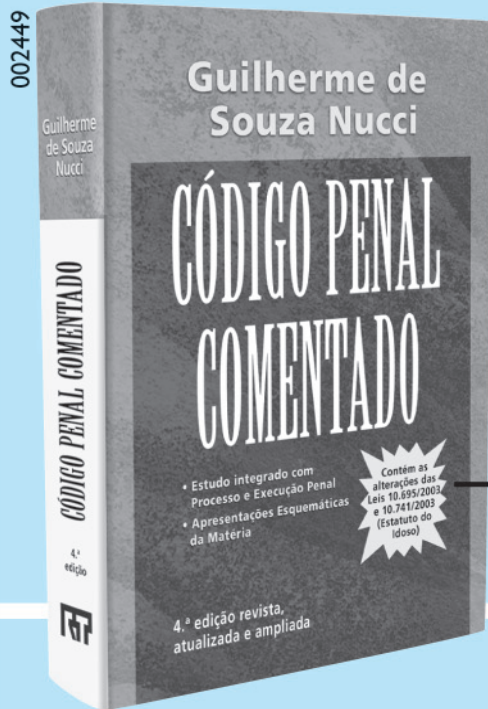
— SANTA CATARINA

- Associação Catarinense do Ministério Público

— SÃO PAULO

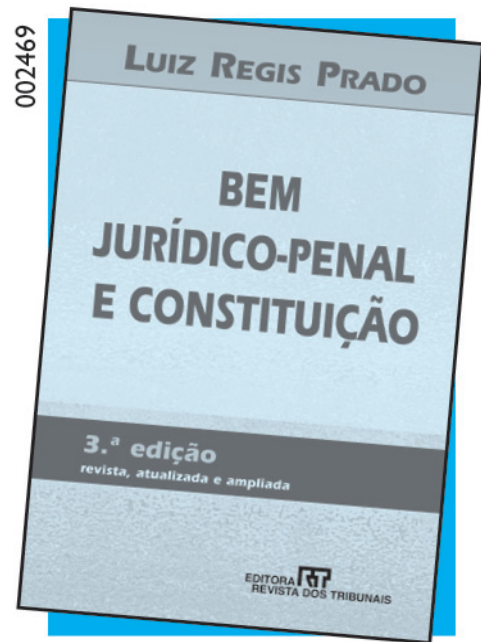
- Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal - Rg. SP - ADPF
- Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
- Curso Anglo Triumphus - Sorocaba
- Curso C.P.C.
- Ordem dos Advogados do Brasil
- Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
- Veredito Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas - Campinas

LANÇAMENTOS RT



Contém as alterações das Leis 10.695/2003 e 10.741/2003 (Estatuto do Idoso)

cartonado
1.056 páginas



brochura • 120 páginas



ANO NOVO CARA NOVA

Acompanhando a renovação visual do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, em 2004 a RBCCRIM estará de cara nova.

Nova capa e nova diagramação em edições bimestrais.
(6 volumes/ano)

RENOVE JÁ SUA ASSINATURA
0800 702 2433

Adquira estas e outras obras na

**livraria
RT**

www.livrariart.com.br

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