

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

IBCCRIM

EDITORIAL

REMÉDIO PARA O TERROR

Em seu *"Sermão de Natal sobre a Paz"* (1967), **Martin Luther King Jr.** observava que todos os grandes gênios militares do mundo e os conquistadores do passado, de **Júlio César** a **Napoleão**, matavam em nome da paz. Da leitura da obra de **Hitler**, *"Mein Kampf"* ("Minha Luta"), tem-se a impressão de que seus atos na Alemanha buscavam a paz. Os discursos de **George W. Bush** querem convencer de que trazer segurança ao mundo passa por arrojado mísseis, bombas e granadas sobre a população civil de um país que flutua em petróleo.

A paz e o desejo de segurança sempre foram pretexto para que assistíssemos a mais guerras e mais violência.

Contra o sentimento do desespero e do pânico, o **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais** sente-se no dever – cívico e institucional – de participar do **Movimento Antiterror**⁽¹⁾, cuja *Carta de Princípios* foi lançada na memorável noite de 20 de maio p.p., na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, diante de uma platéia de estudantes de hoje e de ontem, movida pela esperança e pela coerência com a defesa do Estado Democrático de Direito, da cidadania e da dignidade humana.

Enganam-se os que acreditam que o Estado brasileiro assistiu adormecido ao impetuoso avanço da criminalidade organizada ao longo da década passada. De modo determinante, ele contribuiu para criar ambiente fecundo à reprodução da violência. Com base na crendice de que o rigor das penas e de sua execução poderia intimidar o delinquente, desde 1990 aplica-se a insensata Lei dos Crimes Hediondos. Somente por falta de espaço, não trazemos à ribalta o rol de leis incriminadoras que foram nesses tempos promulgadas. O Estado de São Paulo assistiu atônito ao desmontar do PCC exatamente no Centro de Reabilitação Penitenciária de Taubaté (precursor de Presidente Bernardes), onde o tratamento aos presos – considerados especialmente perigosos – era dos mais severos; outras facções criminosas tiveram berço nos estabelecimentos prisionais. Nunca se prendeu tanto e nem tantos presídios foram construídos. Nunca a violência de agentes do Estado matou tantos bandidos.

Com isso, e apesar disso, os índices de criminalidade ascendem sem descanso. Vez por outra, crimes bárbaros alcançam repercussão. E a imprensa, para além de seu importante papel de informar, também incentiva a velha Lei de Lynch⁽²⁾.

Non nova, sed nove⁽³⁾. Muitos representantes da Nação têm a reação na ponta de suas línguas: é preciso endurecer. Projetos de lei são rabiscados às pressas: ampliação da pena máxima para 40 anos; aumento da pena do homicídio qualificado; tipificação de qualificadoras para o homicídio de juizes, membros do Ministério Público, jurados e delegados (que passariam ao rol dos crimes "hediondos"); interrogatórios à distância; "regime disciplinar diferenciado" sem delimitação estrita de hipóteses e compreendendo isolamento celular de até 720 dias (dois anos!); restrições ao direito de defesa. Quais os limites de tanta imaginação (?) mórbida?

Uma vez mais, responde-se emotivamente a episódios pontuais que suscitam a comoção social. Estimula-se o sentimento de medo na população; quer-se convencer – cientes da mentira dos próprios argumentos –

de que, desta feita, as duras medidas e mudanças legislativas tolherão eficazmente a delinquência.

Esquece-se que o mesmo povo que hoje quer as cabeças dos culpados expostas em praça pública, também teme ser vítima do arbítrio das autoridades. Os mesmos que clamam pela redução da idade penal sabem que nunca houve uma política séria de educação e tratamento para a infância, e que não há lugar para mais gente nas prisões (construídas já em ritmo frenético).

O Brasil se depara, de novo, com uma encruzilhada. Seguir o caminho do terror, do medo, da negligência estatal, da exclusão ou, finalmente, dar-se conta de que há problemas muito graves a serem discutidos (e resolvidos) de modo menos caloroso, sendo o mais irrelevante deles encontrar um presídio para o traficante "Beira-Mar".

Dentre esses problemas, além das velhas questões sociais (educação, saúde e higiene, habitação, distribuição de renda, policiamento comunitário) que nunca receberam atenção devida do poder público, figura o fenômeno da corrupção que impede a eficiência da Administração (a Lei de Execução Penal não dispõe que os presos tenham o controle das prisões; ao contrário, institui rígida disciplina); figuram interesses financeiros e políticos com relação a tráfico de drogas e de armas; figura a criminalidade de "colarinho branco".

O caminho antiterror é o da resposta ponderada, e não "a mesma de sempre". Dentre as propostas concretas discutidas na *Carta de Princípios do Movimento*, destacam-se: abrir flancos para a ação comunitária (e.g. os Centros Integrados de Cidadania – CICs); criar um modelo nacional unificado de dados criminais; integrar as polícias e rediscutir seu papel; preparar e reequipar o sistema penitenciário e a polícia; discutir os assuntos de segurança pública com as universidades e a mídia, de modo qualificado; reordenar o sistema de penas; ampliar a aplicação das penas restritivas de direitos; criar e ampliar a Defensoria Pública; assegurar a assistência ao egresso.

Nosso Manifesto é contra as cortinas de fumaça dos discursos políticos de segregação e de ódio. O País carece, com urgência mas sem pânico, da formulação de uma política criminal e de segurança coerente, concomitante a outras políticas públicas que eliminem o caldo social e cultural propício às arregimentações do "mundo do crime".

Para atacar o Movimento, pensando vituperar, eles designaram seus participantes de "poetas" do Direito Penal, apesar do nosso apelo pela racionalidade e censura ao sensacionalismo. Eles, romancistas do desespero humano, cujas narrações não subsistem sem o sangue e a dor, iludem ou desiludem. Se nossa "poesia" de parcos recursos não servir para enganar, mas para enfrentar a realidade e trazer esperança, é isso o que somos. ☺

Notas

- (1) Confira o *Manifesto Antiterror e a Carta de Princípios do Movimento*, já apoiado por 16 entidades e cerca de 300 operadores do Direito, no site do IBCCRIM (www.ibccrim.org.br).
- (2) Do nome do juiz norte-americano **William Lynch**, que permitia a morte, pela população, do condenado preso em flagrante delito.
- (3) Nada de novo, mas de modo (aparentemente) novo.

Editorial

Índice

EDITORIAL:

REMÉDIO PARA O TERROR

ÓRGÃO ESPECIAL DO TJSP ADMITE LIBERDADE PROVISÓRIA EM CRIME HEDIONDO

Alberto Zacharias Toron

PRISÃO EM FLAGRANTE, POLÍCIA JUDICIÁRIA, PODER HIERÁRQUICO E A LEI Nº 10.259/01

André Rovegno

O NOVO CÓDIGO CIVIL E DIREITO PENAL: UMA CARTA E ONZE QUESTÕES

Nilo Batista

MISERABILIDADE E AÇÃO PENAL: UMA (RE)LEITURA CONSTITUCIONAL

Rubens R.R. Casara e Mylene G.P. Vassal

JUÍZES INQUISIDORES? E PARANÓICOS. UMA CRÍTICA À PREVENÇÃO A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

Aury Lopes Jr.

MESA DE ESTUDOS E DEBATES: NOVA DISCIPLINA JURÍDICA DA QUEBRA DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS

Juliana Garcia Belloque

ÍNDICE PARA UMA PROGRESSÃO GARANTISTA E REDUTORA DA PRÁXIS CARCERÁRIA

Alejandro W. Slokar

LEI DE TÓXICOS

César Peres

Caderno de Jurisprudência

O DIREITO POR QUEM O FAZ: A RELAÇÃO ENTRE AS NORMAS DO ART. 303, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTB E DO ART. 309 DO MESMO ESTATUTO É DE SUBSIDIARIEDADE E NÃO DE CONSUNÇÃO

Marco Nahum

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA:

REDDITO DE HABEAS CORPUS COM CLÁUSULA CONDICIONAL

José Barcelos de Souza

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL

ÓRGÃO ESPECIAL DO TJSP ADMITE LIBERDADE PROVISÓRIA EM CRIME HEDIONDO

Alberto Zacharias Toron

Alberto Zacharias Toron

O tema posto em destaque, a rigor, não mereceria novas considerações diante de tudo o que nesses quase treze anos de vigência da Lei dos Crimes Hediondos já se escreveu. Todavia, como o Pleno do Tribunal de Justiça de São Paulo, em decisão recente e pioneira no âmbito do órgão de cúpula do Judiciário paulista, a despeito da vedação legal constante na referida lei (art. 2º, inc. II), por ampla maioria de votos deferiu a liberdade provisória a um promotor de Justiça acusado da prática de uma tentativa de homicídio duplamente qualificada, vale a pena repensá-lo.

O voto-condutor do aresto, da lavra do desembargador **Paulo Peluzo**, porta, no que interessa ao tema, a seguinte ementa:

"Deve o juiz ou o tribunal, como guardião supremo da liberdade, conceder desde logo liberdade provisória ao acusado da prática de crime hediondo, sem ainda alterar a denúncia da qualificação jurídica do fato, quando tenha elementos convincentes, embora não definitivos, de que essa constitua crime menos grave, como sucede, por exemplo, à imputação de tentativa de homicídio, com indícios fortes de arrependimento eficaz e conseqüente configuração de lesões corporais" (Denúncia nº 100.632-0/3-00, j. em 22/1/03).

Já há algum tempo, juízes e tribunais vêm concedendo liberdade provisória nos casos em que, sem embargo da classificação jurídica constante da denúncia, pode-se divisar uma futura desclassificação da conduta inicialmente irrogada ao acusado. Assim, por exemplo, o desembargador **Dante Busana**, em inúmeros julgados, citando o saudoso **Frederico Marques**, realçava que ao tempo em que a prisão preventiva era obrigatória o juiz não ficava vinculado à classificação constante da denúncia e, portanto, poderia conceder fiança ou liberdade provisória quando entendesse que era o caso. No dizer do saudoso professor, *"a qualificação do fato delituoso, na denúncia, só por si não basta para autorizar a prisão obrigatória. Se o juiz entender que esse fato se enquadra em norma penal que não autoriza a prisão preventiva compulsória, só será decretada a custódia cautelar se presente também algum pressuposto do artigo 313, caput, pertinentes ao periculum in mora"* (Elemen-

tos de *Direito Processual Penal*, Rio de Janeiro: ed. Forense, 1965, vol. IV/51).

Com efeito, rompendo com o sistema estabelecido pelo art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal — subsistência da prisão-custódia do capturado em flagrante só quando presente o *periculum in mora* que autorizaria a prisão preventiva —, a Lei dos Crimes Hediondos presumiu a necessidade da custódia provisória, pelo menos até a sentença, para os crimes que arrola na cabeça de seu art. 2º.

Para remediar as dificuldades que a Lei dos Crimes Hediondos introduziu no sistema penal, juízes e tribunais, não muito infreqüentemente, têm concedido liberdade provisória em casos de acusados por crimes previstos nesta lei, isto é, etiquetados como hediondos.

Essa presumida "necessidade da custódia cautelar" representa uma ofensa ao princípio da não-culpabilidade, pois, de fato, não assenta suas bases num *periculum in mora* que deve ser demonstrado caso a caso. Na verdade, a obrigatoriedade dessa prisão

antecipada não tem caráter cautelar, mais se assemelhando a uma execução provisória contra o mero indiciado ou, posteriormente, o acusado. Além do mais, sem dúvida alguma a regra que impede a concessão da liberdade provisória tem o inconveniente, como tantas vezes o ministro **Cernicchiaro** advertiu, de interferir no poder geral de cautela do magistrado. Assim, se o legislador se ocupa, no plano legislativo, da generalidade, é ao juiz, diante do caso concreto, que cabe avaliar se a hipótese reclama ou não a manutenção da prisão em flagrante ou a adoção de alguma outra cautela que não a prisão antecipada, isto é, antes do trânsito em julgado para o acusado.

Para remediar as dificuldades que a Lei dos Crimes Hediondos introduziu no sistema penal, juízes e tribunais, não muito infreqüentemente, têm concedido liberdade provisória em casos de acusados por crimes previstos nesta lei, isto é, etiquetados como hediondos (cf. RJTJSP 137/547, JTJ 149/

299 e RT 683/313, entre muitos outros). O raciocínio, à primeira vista, é sedutor e representa um avanço. Isso porque rompe-se com a rigidez da lei, evitando-se uma injustiça representada pela manutenção de alguém preso quando se antevê que o processo terá desfecho diferente daquele pretendido pelo órgão acusatório. Em última análise, pode-se dizer que o acórdão, ainda que não identifique uma hipótese absolutória como deslinde para o caso, reafirma a presunção de inocência do cidadão. Vale dizer, **analisando o mérito** dos elementos coligidos na fase pré-processual, realiza um juízo de prognose pró-réu.

Ora, tomada a garantia da presunção de inocência como regra de tratamento processual em todos os processos penais, a lei ordinária jamais, *a priori*, poderia fazer um juízo que contrariasse a presunção que a regra constitucional materializa. Coisa diferente é o estudo do caso concreto. De fato, analisando a espécie, é perfeitamente possível, dentro de um juízo valorativo provisório de mérito, concreto e não abstrato, realizar um juízo de prognose favorável ou desfavorável quando se examina um caso no seu limiar. Advogados fazem isso todos os dias quando são consultados e não é de ser diferente com juízes e promotores.

Sem embargo, quando o legislador, abstratamente, realiza um juízo deste tipo não pode contrariar a regra constitucional que impede um tratamento ao indiciado, ou acusado que seja, que presuma a sua culpabilidade e, em todos os casos, lhe imponha a prisão antecipada. Aqui esta

constrição tem indistigível feição de castigo antecipado. Sobre o assunto os renomados professores **Cobo Del Rosal** e **Vives Anton** advertem: *"Como regla de tratamiento, la presunción de inocencia comporta la prohibición de que las medidas cautelares y, en especial, la prisión preventiva,*

Se o legislador se ocupa, no plano legislativo, da generalidade, é ao juiz, diante do caso concreto, que cabe avaliar se a hipótese reclama ou não a manutenção da prisão em flagrante ou a adoção de alguma outra cautela que não a prisão antecipada, isto é, antes do trânsito em julgado para o acusado.

sean utilizadas como castigos, esto es, que más allá de su finalidad de aseguramiento del juicio, se utilicen para infligir al imputado, anticipadamente, la pena.

Las exigencias de la presunción de inocencia como regla de tratamiento pueden re-

➔ *sultar vulneradas por el legislador, cuando este establece una regulación que permite u obliga a utilizar las medidas cautelares personales como penas anticipadas, con fines de prevención general o especial, ajenos al aseguramiento del juicio,...* (in: *Derecho Penal - Parte General*, 2ª ed., Valência: ed. Tirant lo blanch, 1987, p. 65).

O ponto em questão, porém, reside no fato de que, se o que fundamenta a soltura do réu em franco desrespeito ao comando legal contido na Lei dos Crimes Hediondos é um juízo de prognose favorável, ligado à duvidosa correção da caputação jurídica dada aos fatos na denúncia, é de se concluir que o fator que legitima a prisão processual nos termos da Lei dos Crimes Hediondos é uma avaliação da probabilidade (e não mera possibilidade) da condenação, sem qualquer preocupação com a cautelaridade da prisão que não decorre de um juízo definitivo da culpabilidade. Vale dizer, o aparente progresso da interpretação que admite, em certos casos, mitigar o rigor legal da prisão obrigatória, esconde a sua legitimação nos outros, isto é, quando se antevê a condenação pelo crime descrito na denúncia que calha ser qualificado como hediondo ou a ele equiparado.

É certo, para concluir, que mesmo antes

da Lei nº 8.072/90, em crimes reputados graves, juízes e tribunais quase sempre mantiveram indiciados ou acusados presos diante do perigo para ordem pública, expressão vaga que abriga um sentido ideológico

que é preenchido pela inclinação mais ou menos liberal do aplicador da norma. Todavia, se o que se fazia outrora na praxe forense em nome da ordem pública merecia críticas (v. **Antonio Magalhães Gomes Filho**, *Presunção de inocência e prisão cautelar*, São Paulo: ed. Rev. dos Tribunais, 1991, p. 66), o que o legislador instituiu em

1990 e os tribunais, de forma amplamente majoritária, referendaram, é assombroso. Claro que se fosse suprimida a garantia constitucional da presunção de inocência tudo seria mais simples em nome da repressão à criminalidade organizada ou mesmo à desorganizada. Nesse caso, porém, com **Olgária Matos** poderíamos dizer que o descrédito nas leis, na punição de sua violação, "*fazem com que, hobbessianamente, se troque a liberdade por segurança*" ("*O progresso como caminho para a barbárie*", *O Estado de S. Paulo*, ed. de 27/4/03, Caderno 2/Cultura, p. D6). ●

Alberto Zacharias Toron

Advogado, ex-presidente do IBCCRIM.

O aparente progresso da interpretação que admite, em certos casos, mitigar o rigor legal da prisão obrigatória, esconde a sua legitimação nos outros, isto é, quando se antevê a condenação pelo crime descrito na denúncia que calha ser qualificado como hediondo ou a ele equiparado.

Curso

O IBCCRIM realizará curso sobre "**Direito Penal Empresarial**". Serão abordados, dentre outros, temas como *Crimes Contra a Ordem Tributária, Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, A Criminalidade Econômica e os Novos Rumos do Direito Penal, Crimes de Mercado de Capitais, Lavagem de Dinheiro, Financiamento de Campanhas Eleitorais por Empresas e Crimes Correlatos*.

Para ministrar as aulas, contaremos com a presença dos professores **Antonio Luis Chaves Camargo, Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, Arnaldo Malheiros Filho, Eduardo Reale Ferrari, Fausto Martin De Sanctis, Heloisa Estellita, Janice Ascari, Luis Carlos dos Santos Gonçalves, Maurício Zanoide de Moraes, Sérgio Rosenthal, Sérgio Salomão Shecaira, Suzana Camargo, Theodomiro Dias Neto, Vicente Greco Filho e William Terra de Oliveira**.

As aulas serão ministradas durante o mês de agosto, às terças e quintas-feiras, das 19h00 às 22h00, no auditório da Editora Revista dos Tribunais, em São Paulo. O programa completo do curso poderá ser obtido no site: www.ibccrim.org.br.

Informações e inscrições na seção de Comunicação e Eventos - tel: (11) 3105.4607 ramal 144 ou 153, ou através do e-mail: eventos@ibccrim.org.br.

Vagas limitadas!

Alberto Zacharias Toron



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

DIRETORIA DA GESTÃO 2003/2004

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE:

Marco Antonio Rodrigues Nahum

1º VICE-PRESIDENTE:

Maurício Zanoide de Moraes

2º VICE-PRESIDENTE:

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

1º SECRETÁRIO:

Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior

2º SECRETÁRIO:

Sérgio Mazina Martins

1º TESOUREIRO:

Ivan Martins Motta

2º TESOUREIRO:

Benedito Roberto Garcia Pozzer

COORDENADORES-CHEFES:

Departamentos:

BIBLIOTECA:

Olga Espinoza Mavila

BOLETIM:

Celso Eduardo Faria Coracini

CURSOS:

Janaína C. Paschoal

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:

Gustavo Henrique Righi Ivahi Badaró

INTERNET:

Heloisa 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:

CONVÊNIOS: 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

PRISÃO EM FLAGRANTE, POLÍCIA JUDICIÁRIA, PODER HIERÁRQUICO E A LEI Nº 10.259/01

André Rovegno

André Rovegno

A entrada em vigor da Lei nº 10.259/01, que tratou da instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, inaugurou um dissenso doutrinário sobre o alcance do disposto no parágrafo único do seu art. 2º, que definiu o que se deveria entender por infração penal de menor potencial ofensivo para os efeitos da lei em questão⁽¹⁾.

O conteúdo desse dispositivo conflita com aquele constante do art. 61 da Lei nº 9.099/95, que definiu infração penal de menor potencial ofensivo como sendo aquela “a que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial”.

Rapidamente, diversos autores de renome⁽²⁻³⁾, inclusive neste *Boletim*, defenderam a tese de que a nova conceituação legal deveria se estender aos Juizados Especiais Criminais da Justiça Estadual, de tal forma que a definição constante da Lei nº 9.099/95 estava revogada. Argumentava-se, a nosso ver com absoluta razão, que a persistirem duas definições legais — vigorando uma nos procedimentos da Justiça Estadual e outra naqueles da Justiça Federal — haveria inaceitável ofensa aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e, em especial, da igualdade. Assim, a norma anterior incompatível devia ceder face à norma posterior.

Em primeiro lugar, devemos observar que, dentre diversas outras consequências práticas imediatas de importante impacto, a adoção do novo conceito de infração de menor potencial ofensivo implica, na esfera de atuação das Polícias Cíveis, na abstenção da atuação em flagrante de indivíduos apontados como autores de diversos ilícitos de verificação bastante frequente: desacato, porte de arma e porte de entorpecente, para citar apenas alguns.

Ainda que a questão tenha praticamente deixado a ordem do dia em nível acadêmico e, aparentemente, em outras instituições que lidam com a questão, na Polícia Civil de São Paulo o tema trouxe outras indagações que, de resto, não afetam exclusivamente as autoridades policiais, mas, o que é relevante, o indivíduo que se vê acusado da prática de infração penal e que é apresentado a um delegado de Polícia em possível “estado flagrancial”.

Logo que a lei entrou em vigor, a Delegacia Geral de Polícia do Estado de São Paulo encaminhou mensagem a toda a rede da Polícia Civil, na qual, sem firmar posição, informava que o entendimento doutrinário já então predominante apontava no sentido da derrogação do conceito até então vigente de infração de menor potencial ofensivo (art. 61 da Lei nº 9.099/95).

Alguns dias depois, contudo, invertendo a tendência sugerida pela manifestação inicial, a Delegacia Geral de Polícia fez expedir **Recomendação**, na qual sustentava a sobrevida da definição de infração penal de menor potencial ofensivo existente na Lei nº 9.099/95⁽⁴⁾.

Diante da edição dessa recomendação pretenderam certas autoridades policiais do es-

calão superior da instituição censurar a postura de autoridades a elas subordinadas que deixaram de lavrar o auto de prisão em flagrante, substituindo-o pelo procedimento simplificado (Termo Circunstanciado).

Percebeu-se, ainda, em alguns o apego exagerado ao ato de força representado pela prisão em flagrante, e a falsa crença de que sua não aplicação às novas hipóteses trazidas pela Lei nº 10.259/01 representaria perda de força no embate com a criminalidade.

Com a devida vênia, parece-nos que não só a crença na absoluta e irrestrita virtude do encarceramento em flagrante como também o alcance jurídico do ato de recomendação devem ser apreciados com mais vagar.

Com referência à *recomendação*, há que se observar que esta se apresenta como um ato administrativo do tipo ordinatório e, como tal, presta-se à organização interna dos serviços dentro da Administração Pública⁽⁵⁾.

Assim, numa primeira apreciação, poderíamos entender — como muitos entenderam — que *recomendação* emanada da Delegacia Geral de Polícia poderia produzir a obrigatoriedade de atendimento por parte de todas as autoridades policiais do Estado.

Acreditamos, contudo, que a *recomendação* emanada da Delegacia Geral de Polícia não tinha por escopo vincular o entendimento das autoridades policiais do Estado e sim oferecer uma indicação, uma orientação àquelas que, diante do impasse surgido e da necessidade de pronta aplicação da norma a situações concretas, demonstrassem dúvida ou hesitação nas primeiras decisões. Ora, até mesmo a escolha pela Delegacia Geral de Polícia do ato de *recomendação* (em lugar, por exemplo, da edição de uma portaria ou da expedição de uma *determinação*) indica essa leitura.

E essa compreensão fica ainda mais evidenciada se formos ao significado do termo *recomendação*, tido como indicador de conselho, sugestão, a ser apreciada pelo destinatário e adotada a seu critério⁽⁶⁾.

Mais do que isso, se nos movermos até a questão da competência, veremos que o ato administrativo de recomendação jamais terá o condão de pretender fazer modificar o alcance ou o limite de competência legalmente conferida a uma autoridade pública.

É a lei que confere competência no âmbito do Direito Público⁽⁷⁾.

Tal competência tem, contudo, duas naturezas. Pode ser meramente executiva, como ocorre para os servidores em geral, que não detêm o *status* funcional de autoridade e que, assim, simplesmente executam as ordens superiores, não lhes sendo reconhecido o poder de decidir em nome próprio.

Pode também a competência ser do tipo concedido àqueles servidores públicos que detêm o *status* funcional de autoridade. Estes carregam parcela do poder decisório estatal. Na esfera de suas competências, reverenciando apenas a lei, decidem com liberdade e em nome próprio — assumindo, portanto, a res-

ponsabilidade plena pela decisão tomada. Circunscrever o poder decisório de tais servidores públicos significa retirar-lhes a plenitude de sua competência. E isso só pode ser feito por outro ato de mesma hierarquia (leia-se: outra lei)⁽⁸⁾.

Nos termos da legislação em vigor, insere-se na competência decisória do delegado de Polícia, entre outras, aquela de decidir sobre o procedimento e o destino de indivíduos que são conduzidos a sua presença, apontados como autores de atos ilícitos. Tal decisão não é absolutamente livre. Deve seguir a lei. Perquirir a norma aplicável, o alcance e o significado desta são tarefas inerentes à condição de autoridade. Proibida de fazê-lo, deixa de ser autoridade e transforma-se em servidor público comum. Note-se, contudo, reiterando o que já se disse: só a lei confere, restringe, limita, modifica ou extingue competência⁽⁹⁾. No caso de autoridades, sufocar o poder decisório significa retirar competência.

Com lamentável frequência no âmbito da atuação da Polícia Judiciária se confunde a linha divisória que separa a subordinação administrativa da liberdade funcional. Na organização do serviço, suplementando a lei, na distribuição das tarefas (desde que essa não decorra diretamente da lei), na fiscalização do cumprimento das leis e dos atos administrativos de natureza normativa produzidos em harmonia com aquelas, manifesta-se plenamente o poder hierárquico e o dever jurídico de obediência à autoridade superior. No exercício da sua competência legalmente desenhada, na tomada de decisão com base na lei, impera a liberdade funcional, a vinculação exclusiva à lei e, conseqüentemente, a responsabilidade pelas decisões tomadas.

Tanto é que, quando se trata de servidores públicos que detêm o *status* funcional de autoridade, nas ocasiões em que o superior pretenda determinada decisão, deve avocar a tarefa de competência do subordinado — o que significa chamar a si a decisão, decidir em nome próprio e arcar com a responsabilidade, exonerado o subordinado de qualquer consequência de uma decisão com a qual, afinal, nenhuma relação mantém. Jamais poderá o superior hierárquico, em tais casos, impor sua decisão à autoridade subordinada para que a adote em seu próprio nome (desta). Se não pode fazê-lo na hipótese concreta, com muito mais razão não pode fazê-lo em abstrato, pretendendo vincular ao entendimento, que julgue correto, todas as decisões de subordinados, em tema de suas competências.

Por todas essas considerações é que pensamos que evidentemente a manifestação da Delegacia Geral de Polícia não tinha o objetivo de vincular a decisão das autoridades subordinadas no âmbito de suas competências. Alguns dos destinatários do ato é que entenderam que o mesmo teria um alcance maior do que realmente tinha.

Ao lado dessas considerações, a indicar a pertinência da adoção do novo conceito de infração de menor potencial ofensivo, deve-

➔ mos lembrar que ela se mostra em compasso com o espírito democrático e liberal de nossa Constituição Federal⁽¹⁰⁾, bem como com a moderna Ciência Penal que, cada vez mais acentuadamente, tem indicado a inconveniência da prisão anterior à sentença condenatória transitada em julgado, inaceitável hoje como cumprimento provisório de pena e pouco recomendável como medida cautelar⁽¹¹⁾.

Toda prisão anterior à sentença transitada em julgado é odiosa e tem que estar baseada na absoluta necessidade cautelar. Dado o reduzido potencial ofensivo das infrações elencadas na Lei nº 10.259/01, não vemos por que não receber com satisfação a determinação legal que resultará na desnecessidade de encarceramento provisório de indivíduos apontados como autores de infrações penais leves.

Inverte-se a ordem até então vigente, com todas as vantagens de evitar encarceramentos provisórios em hipóteses de crimes leves: mantém-se o suspeito em liberdade, decretando-se a medida de constrição se isso se mostrar conveniente e juridicamente possível. Inegavelmente, postura que está de acordo com a lógica: na imensa maioria desses casos, quando existe encarceramento em flagrante, os juízes decretam a liberdade provisória, por se tratar de medida imperativa quando estão ausentes os requisitos para o decreto de prisão preventiva. E, na prática, ainda quando condenados, tais acusados raramente retornam ao cárcere, recebendo penas alternativas.

Por essas razões, brevemente apresentadas, acreditamos que devam as autoridades policiais aplicar sem hesitação, se assim entenderem, a providência indicada pela já não tão nova capitulação legal de infração de menor potencial ofensivo — deixando de autuar em flagrante e procedendo a lavratura de termo circunstanciado —, tendo como certo que a respeitável recomendação da Delegacia Geral de Polícia não pretendeu coarctar a liberdade de apreciação jurídica dos delegados de Polícia no exercício de suas competências. ●

Notas

- (1) “Art. 2º, parágrafo único. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa.”
- (2) Dentre diversos excelentes artigos sobre a questão, remetemos o leitor ao contundente trabalho de **Luiz Flávio Gomes**, *Primeiras polêmicas sobre a nova competência dos Juizados Especiais Criminais*, **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM**, São Paulo, nº 111, p. 3, fevereiro de 2002.
- (3) Num dos artigos escritos sobre a questão (**GONÇALVES, Victor Eduardo Rios**, *O novo conceito de infração penal de menor potencial ofensivo*, **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM**, São Paulo, nº 111, p. 1, fevereiro de 2002), fez-se referência a posicionamentos já assentados de pensadores como **Damásio E. de Jesus**, **Alberto Silva Franco**, **Fernando Capez**, **César Roberto Bitencourt**, **Adauto Suannes** e **José Roberto Nalini**.
- (4) Diz a recomendação que, “sendo a Lei nº 10.259/01 geral e, consoante expressa disposição de seu próprio texto, destinada exclusivamente à disciplina dos Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal, não poderia, na ausência de disposição expressa, ter derogado tacitamente a norma de incidência estadual que, sendo especial e versando a mesma matéria, deve

ser entendida como plenamente vigente, até eventual e futuro posicionamento diverso dos tribunais que dê cobro ao dissenso hermenêutico instaurado”.

- (5) Definem-se os atos ordinatórios como sendo aqueles que “visam a disciplinar o funcionamento da Administração e a conduta funcional de seus agentes. São provimentos, determinações ou esclarecimentos que se endereçam aos servidores públicos a fim de orientá-los no desempenho de suas atribuições” (**MEIRELLES, Hely Lopes**, *Direito Administrativo Brasileiro*, 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 175).
- (6) “É o conselho que se dá à pessoa, para que proceda por ele em certo caso. Revela-se a orientação manifestada em tom amistoso, a respeito de certo negócio ou de certo fato, para que, voluntariamente, a possa aceitar o recomendado. Tanto na aceção de apresentação (mera recomendação), como na de conselho, a recomendação não importa nem em ordem nem em mandato” (grifos nossos) (**De Plácido e Silva**, *Vocabulário Jurídico*, vol. IV, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 42).
- (7) “A competência decorre sempre de lei” (**DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella**, *Direito Administrativo*, 10ª ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 169).
- (8) Tratando da competência, diz **Maria Sylvia Zanella di Pietro**: “É inderrogável, seja pela vontade da Administração, seja por acordo com terceiros; isto porque a competência é conferida em benefício do interesse público” (ob. cit., p. 170).
- (9) “O importante a ser frisado no estudo da competência é a sua estrita vinculação legal. Não só a competência nasce da lei como também dela decorrem todos os fenômenos que dizem respeito à sua modificação, transferência, suspensão ou cessação” (**MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo**, *Curso de Direito Administrativo*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 99).
- (10) Em especial com o inc. LVII do art. 5º, que estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.
- (11) Sobre o caráter de absoluta excepcionalidade da prisão provisória, leia-se, dentre outros: **GRINOVER, Ada Pellegrini**; **FERNANDES, Antonio Scarrance**; **GOMES FILHO, Antonio Magalhães**. *As Nulidades no Processo Penal*, 3ª ed. rev. e amp., São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 227-228, e **DEMERCIAN, Pedro Henrique**; **MALULY, Jorge Assaf**. *Curso de Processo Penal*, São Paulo: Atlas, 1999, p. 153.

André Rovegno

Delegado de Polícia, especialista em Direito Processual Penal pela Univ. de Taubaté (Unitau) e em Direito do Estado pela Univ. Estácio de Sá (Unesa/RJ), mestrando em Direito Político e Econômico pela Univ. Mackenzie, professor concursado da Academia de Polícia de São Paulo e professor da Faculdade das Américas (FAM/SP)

Raymundo Faoro

Faleceu no último dia 15 p.p., o ex-presidente da OAB, no período de 1977 a 1979, **Raymundo Faoro**. Brilhante intelectual, membro da Academia Brasileira de Letras e cientista político, foi um dos condutores da sociedade brasileira, durante o período ditatorial, na luta pela volta do Estado Democrático de Direito.

Sua vida pautou-se sempre pela pregação do respeito aos direitos fundamentais do homem como valores maiores da sociedade. Sem dúvida, o Brasil perde um de seus mais brilhantes cidadãos

André Rovegno



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

Caro professor **Gustavo Tepedino**:

Bem sei que, habitualmente, missivas rogam pela saúde do destinatário, e artigos esclarecem dúvidas. Pode-se estranhar que esta missiva-artigo, contrariando a expectativa natural de cumular tais funções, rogue antes por sua paciência (sem descurar da saúde, que graças a Deus conheço estar excelente) e se destine a compartilhar dúvidas. É sem dúvida impertinente tal formato: ao alívio do remente segue-se o desconforto do destinatário, obrigado ou a uma resposta fastidiosa, ou à escusável mentira sobre a ineficiência dos correios. Não lhe cobrarei uma coisa nem outra, embora convencido de que só um refinado professor de Direito Civil, como o prezado Amigo, poderia tranquilizar os penalistas que, como eu, cometeram a imprudência de ler o novo Código Civil. Com estas desculpas prévias, posso entrar no assunto.

1. O pano de fundo

São dois os elementos principais do cenário dessas dúvidas: em primeiro lugar, o velho debate sobre o caráter *constitutivo* ou *sancionador* do Direito Penal; em segundo lugar, a qualidade de *lei posterior* que o novo Código Civil guarda em relação ao Código Penal de 1940, reformado estruturalmente em sua Parte Geral em 1984, e pontualmente alterado — em certos casos, caberia mais propriamente dizer-se mutilado — na Parte Especial. Quanto ao primeiro elemento, aquele debate tende hoje a resolver-se na linha da interdisciplinaridade que distintos saberes jurídicos necessariamente mantêm. Pouco importa que para o Direito Administrativo *funcionário público* seja algo conceitualmente muito mais restrito do que para o Direito Penal; pouco importa que **Você** e o **Fachin** chamem de bens imóveis por aqueles tijolos, cujo furto ensejará uma denúncia na qual serão referidos como coisas móveis. Expressas claramente no texto legal, tais diferenças representam racionalizações técnico-jurídicas circunscritas ao campo legislativo no qual se formularam, inextensíveis a outro campo que tenha adotado solução distinta pela lei dogmática da proibição de contradição, que **Ihering** chamava de “*unidad sistemática*”. Aqueles tijolos podem ser bens móveis para o tratamento penal e imóveis para o tratamento civil: o que não podem, cá ou lá, é serem simultaneamente móveis e imóveis. Este problema aflora com frequência nos chamados elementos normativos jurídicos do tipo. Quem, para esclarecer seu significado, não se dirigir ao ramo do Direito onde o elemento normativo jurídico se hospeda, estará se afastando também do princípio da legalidade. Se o tipo se vale, como em alguns delitos societários, da *vox* empréstimo, é nas características legislativas do comodato e do mútuo que decidiremos seu sentido, jamais nos usos vulgares

do termo. A hipótese em que o legislador penal formulasse um conceito jurídico-penal de empréstimo de um lado o tornaria circunscrito ao âmbito penal, e de outro confirmaria a validade geral do raciocínio anterior. Quanto ao segundo elemento de nosso cenário: em 1940, o Código Penal era lei posterior com respeito ao Código Civil de 1916. Podiam os penalistas viver a arrogância de uma concepção totalmente constitutiva. Criara-se o “nosso mundo”, e era um mundo teórico tal que, sinceramente, uma falácia a mais ou a menos não faria grande diferença. Das duas primeiras gerações de comentaristas do Código Penal de 1940, só **Magalhães Noronha** pronunciou-se pelo caráter sancionador do Direito Penal, e mesmo assim por tomar ao pé da letra uma observação de **Rousseau** acerca das leis criminais. Mas, agora, o novo Código Civil constitui lei posterior em relação não apenas ao Código Penal de 1940, mas também a toda a legislação penal extravagante. Parece-me que eventuais incompatibilidades entre dispositivos do novo diploma e dispositivos da legislação penal, que não se sustentem em soluções específicas das respectivas disciplinas codificadas (ou seja, legitimadas pela proibição de contradição), sugerem o exame destas antinomias e de seus possíveis efeitos derogatórios. Não menos importantes serão os casos onde dispositivos do novo Código Civil possam influenciar o conteúdo de categorias construídas pelo Código Penal. As dúvidas que esta carta arrola seguem o mais tosco dos critérios: a ordem crescente de alguns dos artigos do mesmo Código Civil, que as despertaram.

2. Tratamento médico arbitrário

Considerada pela maioria da doutrina (**Fragoso**, **Regis Prado** e outros) como modalidade especial do estado de necessidade, “*a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida*” exclui a ilicitude do constrangimento ilegal (art. 146, § 3º, inc. I, CP). Trata-se de questão polêmica no Direito Penal, da qual **Hungria** fez excelente resenha em seus *Comentários*, tendo o legislador brasileiro optado pela solução descriminalizante. Mas trata-se também de uma questão polêmica da filosofia do Direito, que confronta a autonomia moral da pessoa com o paternalismo legal orientado ao bem-estar; o melhor trabalho que conheço a respeito é o de **Carmem Tomás-Valiente Lanuza** (*La Disponibilidad de la propia Vida en el Derecho Penal*, Madri, 1999, ed. C. de Est. Pol. y Const.). (Abro parênteses para realçar, caro professor **Tepedino**, que muito pior do que uma carta com citações seria outra com notas de rodapé.) Passemos ao largo dessas tormentosas questões. O fato é que o dispositivo citado subtraía antijuridicidade à intervenção médica ou cirúrgica exercida sobre paciente em

iminente perigo de vida, sem o seu consentimento ou do representante legal. Vem agora o art. 15 do Código Civil, e estabelece que “*ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica*”. A sutileza de distinguir o perigo de vida anterior à intervenção médica e o mesmo perigo decorrente dela não ajuda muito: freqüentemente se apresentam juntos, sendo o primeiro condição física de incremento do segundo e condição jurídica de sua legitimidade. Não sei, **Gustavo**, se estou certo ao considerar que a cláusula “com risco de vida” era, como se diria na polêmica entre **Rui** e **Carneiro Ribeiro**, supervacânea: parece-me que a interdição, que tem a prosódia das garantias individuais, abrange, pelo argumento *a fortiori*, os casos prosaicos de unha encravada. Mas vejo clara antinomia: o art. 15 do Código Civil revogaria o art. 146, § 3º, inc. I do Código Penal. O consentimento, direto ou diferido e, em qualquer caso — como hoje se postula — *informado* do paciente passa a constituir exigência indeclinável da intervenção médico-cirúrgica. É claro que sobrevive o estado de necessidade como causa geral de exclusão da ilicitude (art. 24, CP), não se apavorem os facultativos. Rigorosamente, na ausência de consentimento em situação de iminente perigo de vida (por exemplo, paciente incapaz de exprimir vontade), a solução se mantém, como se mantém o fundamento (estado de necessidade, segundo sua formulação geral do art. 24, CP). A coisa muda de figura é na hipótese de oposição capaz. Questões já versadas em tribunais de outros países (como o chamado direito de morrer com dignidade) começarão a preocupar os nossos. A velha opinião de **Leonídio Ribeiro**, que convertia o tratamento arbitrário num exercício regular de direito do médico, na fronteira do estrito cumprimento de um dever, está descartada pelo art. 15 do novo Código Civil. Estou muito errado?

3. Censura privada

O art. 20 do Código Civil, se não for interpretado restritivamente — para só produzir efeitos no âmbito da vida privada, interpretação que parece inteiramente compatível com sua inserção topológica — conflitará abertamente com o art. 27 da Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, e quero crer que em posição desvantajosa. É que os incisos do art. 27 da Lei de Imprensa constituem emanações do princípio constitucional da livre manifestação do pensamento (que do art. 150, § 8º, da Constituição de 1946, reformada em 1967, veio ter mais amplamente ao art. 5º, inc. IV, Constituição da República; recepção inquestionável). Por darem consequência a um princípio, aqueles incisos adquirem parte da “dimensão do peso ou da importância” que os princípios têm por sobre as regras, como, nas pegadas de **Dworkin**, nos ensina **Edilson Pereira de Fa-**

➔ **rias.** No âmbito da vida pública, a aplicação do art. 20 consistiria uma espécie de censura privada, claramente inconstitucional. Aquele brilhante advogado que ensinou a um ministro da Justiça que a CR/1988 lhe subtraía o poder de apreender jornais — no caso, *O Pasquim* — concordaria comigo?

4. Sobre estelionato

Há exatos setenta anos, **Hungria** obtinha sua livre-docência, na Faculdade Nacional de Direito, com um trabalho sobre fraude penal, onde o Direito Penal era colocado em posição subsidiária (e, portanto, sancionadora — a palavra que ele empregou foi “*recepticia*”) perante o Direito Civil, quanto à tutela do patrimônio. Demonstrando o rosário de fracassos em que consistira o conjunto de esforços teóricos para distinguir a fraude penal da fraude civil, formulou um critério até hoje insuperável para outorgar relevância jurídico-penal à fraude (descobrir, na investigação retrospectiva do caso, o propósito inicial de frustrar o equivalente econômico). A questão da interdisciplinaridade com o Direito Civil avulta nas hipóteses reunidas sob a designação geral de torpeza bilateral (por exemplo, o chamado *conto da guitarra*, no qual a vítima de estelionato adquire uma fantástica máquina de fazer dinheiro verdadeiro, que naturalmente não funcionará tão bem quando o estelionatário se ausentar com o dinheiro no bolso, não tendo o lesado qualquer dúvida sobre o fato de não estar adquirindo a Casa da Moeda). Para **Hungria**, que invocava expressamente o art. 971 do Código Civil de 1916 (hoje, art. 883, Código Civil), e poderia ter acrescido a sua invocação o art. 97, Código Civil de 1916 (hoje, art. 150, Código Civil), “*onde falha a sanção civil há de, necessariamente, falhar a sanção penal*”; “*se a lei civil, em tal ou qual caso, nega sua proteção ao patrimônio, aí não poderá intervir a sanção penal*”. Tal opinião não prevaleceu na doutrina e na jurisprudência brasileira. Por exemplo, **Fragoso** achava que a impunibilidade do *negotium turpe* representaria um “retorno à lei da selva”. A re-edição daqueles dispositivos pelo novo Código Civil não significará que a questão deve ser revisitada? O “*guitarrista*” que tenha o processo penal suspenso submete-se à condição da reparação de dano que o juiz civil jamais concederia a sua vítima? Ou concederia?

5. Coação

A culpabilidade se exclui quando o agente comete o fato sob “coação irresistível” (art. 22, CP). Além da óbvia distinção entre a coação física (que exclui a própria ação) e a coação moral, esmera-se a doutrina em dotar de conteúdo a cláusula escusante: **Cirino dos Santos** preconiza que a irresistibilidade “*deve significar certo grau de dano temível*”; **Fragoso** frisava que o mal prometido devia “*ser relevante e*

considerável”, etc. O acréscimo dos qualificativos *iminente* (aliás, não destacado em vermelho na edição comparada da RT, com prefácio do professor **Miguel Reale**) e *considerável* ao “fundado temor de dano” do velho art. 98 do Código Civil de 1916, pelo art. 151, Código Civil, corresponde precisamente às construções doutrinárias penalísticas. O novo parágrafo único do art. 151 abre as portas para as hipóteses nas quais a ameaça incide sobre terceiro não-familiar; o art. 152 (que reproduz quase literalmente o velho art. 99 do Código Civil de 1916) já fora visitado por **Ariosvaldo de Campos Pires**, em sua excelente tese de livre-docência na UFMG, quando versou as “condições personalíssimas” do coato; os limites do art. 153 (idêntico ao velho art. 100) são de utilidade inquestionável. Aqui, a questão é muito simples: como poderemos, os penalistas, tratar doravante da coação irresistível sem considerar estes velhos dispositivos, agora novos? Não estaria amadurecida a possibilidade de um leito comum, ainda que com peculiaridades que só o estudo aprofundado indicaria a cada um dos campos, para o exame conjunto da coação que vicia a vontade, no âmbito civil, e torna inexigível a conduta conforme o Direito, no âmbito penal?

6. Uma regra sobre confissão

Todos conhecemos as diferenças abissais que existem entre a natureza, os efeitos e os limites das respectivas disciplinas legais da confissão no âmbito civil e no âmbito penal. O reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais (arts. 3º, 21, 22, 23 e 24 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998), a par de grave violação ao princípio da reserva legal que aqui não interessa, deu-se sem que o legislador dedicasse um único dispositivo ao procedimento judiciário correspondente; em minha opinião, com radical ofensa ao princípio do devido processo legal, em sua expressão mais elementar (a falta de procedimento tipificado). Na adaptação do procedimento ordinário destinado às pessoas físicas, o primeiro problema surgiu com o interrogatório: quem deveria prestá-lo? Algumas respostas se apresentaram, valendo-se dos critérios da representação legal, da representação processual e do mandato, prevalecendo afinal o uso analógico — preconizado por **Ada Grinover** — do preposto alvitado pela legislação trabalhista. Qualquer que seja a solução que se adote, nesta improvisação forense que substitui a cabível declaração incidental de inconstitucionalidade (até que o legislador estabeleça um procedimento específico), surge a questão dos efeitos de uma confissão, mesmo parcial, que por desinformação, leviandade ou má-fé do representante acarretará sérias consequências para a empresa (supondo-se que o representante esteja legitimamente autorizado, do ponto de vista corporativo).

O parágrafo único do art. 213, Código Civil, aponta para um ajustamento neste mecanismo jurídico complexo, e pode salvaguardar situações em que ocorram confissões abusivas. Que lhe parece?

7. Usura

Segundo o novo art. 406 do Código Civil, os juros moratórios não convenacionados deverão observar a taxa em vigor para a mora de débitos tributários. Revogado o velho art. 1.062 do Código Civil de 1916, finalmente não cabe mais qualquer dúvida quanto à revogação do art. 1º do Dec. nº 22.626, de 7 de abril de 1933, que expressamente o incorporou. Isso significa alteração profunda na disciplina da usura pecuniária (art. 4º, alínea *a*, da Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951), até hoje subordinada (para os particulares, é claro; os bancos confortavelmente aguardam que o letárgico legislador ordinário regulamente o art. 192, § 3º, Constituição da República) àquelas referências legais. O polêmico e milenar delito de usura — quem diria! — foi entregue, pelas mãos do Direito Civil, ao Direito Tributário. “*Ninguém pode enriquecer-se mais que o fisco*” — seria a moralidade dessa história. A propósito, **Gustavo**, onde são publicadas as taxas “*em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional*”? Os criminalistas esperam ansiosos pela resposta; há processos em curso!

8. Contrato estimatório

Quando cheguei ao capítulo que trata do contrato estimatório (arts. 534 a 537), supus que ali encontraria o analgésico definitivo para uma das mais frequentes dores de cabeça dos penalistas: apropriação indébita nas vendas em consignação. Os melhores estudos a respeito, como o de **Angelotti**, destacam a complexidade jurídica de tal contrato, integrando elementos do depósito, da compra e venda, do mandato e por vezes da conta-corrente. No momento preliminar, em que o *tradens* entrega a coisa, a solução é simples: o *accipiens* é um possuidor, que cometerá apropriação indébita se dela dispuser *ut dominus*, no modelo do depósito. A questão se complica quando, tendo vendido a terceiro a coisa, o *accipiens* não paga ao *tradens* a *aestimatio*. Teremos aí apenas um devedor obrigacional? Se do contrato constasse pacto pelo qual desse o *accipiens* pagar a *aestimatio* a terceiro, e não o fizesse, o reconhecimento da apropriação indébita se inscreveria no modelo do mandato. Mas a recusa de pagamento ao *tradens* — diversamente da recusa de devolução da coisa — teria apenas consequências civis. Vocês, civilistas, têm o dever de decifrar tudo o que houver de implícito e consequencial nestes quatro artigos sobre contrato estimatório, se possível mirando também o art. 168 do Código Penal. Por ora, a impressão é de que a dor de cabeça aumentou. ➔

9. Uma curiosidade

"Podem ser revogadas por ingratidão as doações — reza o novo art. 557, inc. I, CC, inovando sobre o texto de 1916 — se o donatário atentou contra a vida do doador ou cometeu crime de homicídio doloso contra ele." Vê-se que o legislador civil, ao invés de fórmula mais cômoda — como seria referir-se a *homicídio doloso, consumado ou tentado*, por ele empregada na redação do art. 1.814 — valeu-se de expressões distintas para designar a tentativa de homicídio (*atentou contra a vida*) e o homicídio consumado (*cometeu crime de homicídio doloso*) contra o doador. Não há maior impropriedade, a coisa está inteligível. Estranho mesmo ficou o art. 561: "No caso de homicídio doloso do doador, a ação (para revogar a doação) caberá aos seus herdeiros, exceto se aquele houver perdoado". Bem, salvo no caso de uma longa agonia, com tempo suficiente para um perdão nuncupativo, vítimas de homicídio consumado são invariavelmente incapazes de perdoar, ou de qualquer outro ato jurídico. Digamos que a exceção, aqui, salva a regra. Este dispositivo recorda o parágrafo único do art. 304 do Código de Trânsito Brasileiro, que pune

a omissão de socorro à vítima mesmo "com morte instantânea". O narcisismo do discurso jurídico às vezes afronta as estruturas do ser.

10. Uma enumeração dispensável

Por que cargas d'água, mestre Gustavo, o art. 1.551 do Código Civil de 1916 converteu-se, *ipsis litteris*, em parágrafo único do novo art. 954 do Código Civil? A enumeração original já destoava do capítulo do Código Penal de 1890 que contemplava os "crimes contra a liberdade pessoal", não incluindo, por exemplo o constrangimento ilegal (art. 180 do Código Penal de 1890). Hoje, tal classe de delitos dispõe de tipificação bem mais elaborada no Código Penal (arts. 146 e segs.): uma simples remissão ao Código Penal tornaria dispensável a enumeração do art. 954, parágrafo único, do Código Civil. Até porque quem tomá-la por exaustiva não poderia prover indenização, segundo tais critérios, para vítimas de "redução à condição análoga à de escravo" (art. 149, CP), crime ausente dela.

11. Adultério

Enquanto não se descriminaliza primariamente o adultério, prevê o Código Penal um

perdão judicial, discricionário, "se havia cessado a vida em comum dos cônjuges" (art. 240, § 4º, inc. I, CP). Com o novo art. 1.576 do Código Civil, não é mais pensável um adultério após a separação judicial: para os autores que situam a objetividade jurídica deste delito na violação do dever de fidelidade, pela desaparecimento de tal dever; para os que a situam na organização familiar, pela nova configuração que a tal organização outorgou a lei civil.

Paro nestas onze observações, um time completo de futebol, ainda que meio anárquico e desorientado. Estou convencido, Gustavo, de que é o momento dos civilistas dialogarem com seus colegas de outras glebas, porque entrevejo que o novo Código Civil também revolveu suas terras. Verinha se associa entusiasticamente ao abraço afetuosos que, para Você e Luciana, remete seu incondicional amigo e admirador. ☺

Nilo Batista

Professor titular de Direito Penal da UERJ
e da UCAM e presidente do Instituto
Carioca de Criminologia

MISERABILIDADE E AÇÃO PENAL: UMA (RE)LEITURA CONSTITUCIONAL

Rubens R.R. Casara e Mylene G.P. Vassal

I - Apresentação do problema

A cada dia ocorrem alterações, quantitativa e qualitativa, do conceito de excluído. Com a globalização, o processo de exclusão de parcela significativa da população mundial tornou-se mais transparente (e eficaz). Na pós-modernidade é possível afirmar, com o respaldo de opiniões das mais variadas correntes de pensamento, que **excluído é todo aquele que está alijado das relações de consumo**. Dito de forma crua e em sintonia com a lógica do sistema: a sociedade existe para o consumo, quem não consome é dispensável.

O presente trabalho visa analisar a efetividade de limites normativo-constitucionais para conter a exclusão do indivíduo. A partir de um sintoma, do tratamento jurisprudencial atualmente conferido ao art. 225, § 1º, inc. I, do Código Penal Brasileiro, indagar-se-á acerca da capacidade de resistência das agências judiciais frente a tendência de exclusão acima mencionada.

O marco teórico utilizado neste texto é o constitucionalismo. Assim, o projeto constitucional desenhado em 1988 é testado como obstáculo à exclusão do pobre (hipossuficiente econômico) da relação processual.

A escolha do tema prende-se à constatação de que o Poder Judiciário, na função de último garante dos direitos individuais e tran-

sindividuais, deve ser capaz de evitar a exclusão (ao menos) no processo judicial, instrumento destinado à acomodação dos conflitos intersubjetivos. Caso contrário, o retorno à barbárie será inevitável.

II- O paradigma constitucional

Percebe-se a importância da hermenêutica constitucional no campo reservado ao processo penal, diante da afinidade constituição-processo. Este, cujo conteúdo é discutido na melhor doutrina, tem íntima ligação com o direito de liberdade e da dignidade do indivíduo, regulado com preeminência pela Constituição da República.

Por outro lado, a influência de valores constitucionais no sistema penal, em que está incluída a agência judicial, como leciona Palazzo, "exercita-se no campo das relações entre política e direito penal: relações, a um só tempo, estreitíssimas e, potencialmente, conflituosas" ⁽¹⁾.

Basta lembrar que, quando surge uma nova carta política, todo o ordenamento jurídico adquire um novo pressuposto de validade, as normas incompatíveis com a nova ordem não são recepcionadas (isto é, são revogadas) e o significado (valor) que se dá a determinadas normas jurídicas é alterado. São as consequências da *supremacia das normas constitucionais*.

A Constituição da República de 1988 sur-

giu com a finalidade declarada de recolocar o Brasil nos trilhos da democracia. Assim, todos os diplomas legais foram influenciados pelos valores que inspiraram a nova ordem. Trata-se de um horizonte reestruturativo.

Mas, o que fazer com uma legislação anterior de cunho autoritário? Ora, determinadas normas se tornaram de todo imprestáveis e nem chegaram a integrar a nova ordem jurídica. Morreram pelo vírus da democracia. Outras, entretanto, podem ser de grande valia, desde que adaptadas aos novos tempos, aos novos princípios reitores. Exige-se, portanto, uma *interpretação conforme a Constituição* e, mais do que isso, uma visão prospectiva do direito, criativa, democrática e interdisciplinar.

Lembrando de Goldschmidt⁽²⁾, para quem a estrutura do processo penal de uma nação indica a força de seus elementos autoritários e liberais, pode-se recorrer à análise da jurisprudência desse ramo do direito para avaliar o conteúdo democrático da sociedade brasileira.

III - A visão jurisprudencial: a exclusão (con)sentida

Uma questão jurisprudencial que abstrai conquistas históricas obtidas na caminhada pela democratização do processo, diz respeito ao alcance e conteúdo do art. 225, § 1º, inc. I, do Código Penal, que trata da legiti-

Nilo Batista

Rubens R.R. Casara e Mylene G.P. Vassal

➔ midade para propor a ação penal, nos crimes contra os costumes, nas hipóteses em que a vítima ou seus pais não podem prover as despesas com o processo.

A matéria não tem sido questionada nos tribunais, como se percebe da leitura das seguintes ementas:

“Estupro. Miserabilidade da vítima: a pobreza pode ser demonstrada pelos meios de prova em geral. Conceito de pobreza no sentido legal. Representação feita pela mãe da ofendida: não se exige a observância de formalidades, importando, apenas, que se caracterize a manifestação de vontade do ofendido, ou de seu representante legal” (STF, HC nº 70.184/RJ, rel. **Marco Aurélio**, DJU, 8.10.1999).

“Além da representação, é indispensável para que pública se torne a ação tendo por objeto o delito de atentado violento ao pudor, sejam a vítima ou seus pais miseráveis, no sentido legal do termo, isto é, que não possam prover as despesas do processo ‘sem privar-se dos recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família’, consoante redação do artigo 225, § 2º, do CP” (TJSP, AC, rel. **Onei Raphael**, RT 566/307).

No mesmo sentido, tem sido a posição predominante no Ministério Público, como se lê em parecer da lavra de **Ferrer**: *“Afirmada a miserabilidade, a ação penal relativa aos crimes apurados no feito passa a ser pública condicionada à representação”* ⁽³⁾.

IV - Uma proposta inclusiva

Todavia, viola a razoabilidade dos atos legislativos e, portanto, é inconstitucional que fatores meramente econômicos possam alterar a **legitimidade** e a própria **natureza da ação penal** condenatória, máxime após o processo histórico que culminou com a constitucionalização da Defensoria Pública.

Como se sabe, a ação penal privada (*reclus*: ação penal de iniciativa privada) é regida pelo *princípio da oportunidade*, do qual derivam inúmeras consequências de ordem material e processual (v.g., a *disponibilidade* da persecução penal), o que potencializa a necessidade de **critérios razoáveis** para diferenciá-la da ação penal pública, esta sujeita ao binômio obrigatoriedade/indisponibilidade.

Distancia-se dos anseios igualitários traçados pelo paradigma constitucional de 1988 que ao processado por um crime de estupro cometido contra vítima integrante da “classe baixa” não sejam facultados, por exemplo, os efeitos dos institutos da perempção, perdão do ofendido e desistência da ação.

Vê-se que o tratamento diferenciado gera reflexos tanto na esfera da vítima quanto do acusado. Os efeitos processuais dessa distorção acabam por representar nova exclusão daqueles que protagonizam o drama que origina o processo penal. Por um lado, priva-se o acusado de legítimas possibilidades de ver prevalecer

seu *status libertatis*, por outro suprime-se da vítima pobre uma das formas de exercício da cidadania no campo penal. Vitimizada por sua condição social e pelo crime, a ofendida é, ainda, furtada de faculdades processuais, o que a torna, por vezes, refém do processo.

O dispositivo legal em questão, se razoável à época de sua elaboração, perdeu progressivamente sua justificação constitucional, à medida que a Defensoria Pública foi se estruturando no Estado brasileiro. Aliás, a Defensoria Pública é o único órgão estatal com atribuição oriunda da Carta Magna para a prestação de assistência jurídica aos hipossuficientes. Basta a leitura dos arts. 134 e 129, *a contrario sensu*, da Constituição da República, para percebermos que o art. 225, § 1º, inc. I, não resiste a uma filtragem constitucional e não foi, portanto, recepcionado.

Sem dúvida, a assistência técnica de defensor público, profissional habilitado em concurso público, garante à ofendida (e à sociedade) meios legítimos de ver prevalecer a pretensão punitiva.

Por outro lado, nos lugares em que a Defensoria Pública não estiver estruturada, nada obsta que o *Parquet* faça suas vezes. Todavia, tal atuação estaria subordinada aos princípios que regem a persecução penal de iniciativa privada e teria natureza provisória. Nessa hipótese, surgiriam dois fenômenos do moderno constitucionalismo: a) a inconstitucionalidade parcial, posto que a situação econômica da ofendida não é causa constitucionalmente adequada à alteração da principiologia que rege a ação penal; b) a inconstitucionalidade progressiva da legitimação do Ministério Público. Ou seja, na medida em que as Defensorias Públicas forem se sedimentando no território nacional, a atuação do Ministério Público passa a retratar usurpação de função e afronta às diretrizes do texto maior.

Apesar da origem comum, o Ministério Público e a Defensoria Pública, por expressa disposição constitucional, possuem atribuições distintas. Essa divisão de funções tem como um de seus fundamentos a necessidade de repartição do poder, base da república e prin-

cípio da democracia. Pensar o contrário é embarcar na ingênua tese da *bondade do poder*, fonte inesgotável de opressão e autoritarismo.

V- Conclusão

Não se nega que a ação penal privada apresenta um desvio à regra democrática inscrita no art. 129, inc. I, do Código de Processo Penal. Outrossim, se é verdade que a publicização da atividade acusatória, proporcionada pela legitimidade ordinária do Ministério Público para o exercício do direito (ou melhor, dever) de ação penal, atende melhor aos interesses da racionalização da persecução penal, é igualmente correto afirmar que o instituto da ação penal privada não atenta contra o sistema acusatório e as demais diretrizes da Constituição da República, conforme se depreende do art. 5º, inc. LIX deste diploma.

Em suma, a exclusão da vítima da relação processual, por razões econômicas, não encontra qualquer tipo de justificação teórica à luz da normatividade constitucional. A aplicação acrítica do art. 225, § 1º, inc. I, do Código Penal, por sua vez, concretiza inaceitável violação ao princípio isonômico. Assim, cumpre aos operadores jurídicos comprometidos com a realização do projeto constitucional expurgar tal dispositivo do ordenamento jurídico brasileiro e (re)legitimar a atuação da ofendida pobre na causa penal. (C)

Notas

- (1) **PALAZZO, Francesco C.** *Valores Constitucionais e Direito Penal*, trad. **Gérson Pereira dos Santos**, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 16.
- (2) **GOLDSCHMIDT, James.** *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*, Barcelona: Bosch, 1935, p. 67.
- (3) **FERRER, Flávia.** *Escritos de Direito e Processo Penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 159.

Rubens R. R. Casara

Juiz de Direito TJ/RJ, mestrando em Ciências Penais pela UCAM/ICC

Mylene G. P. Vassal

Juíza de Direito TJ/RJ e mestranda em Direito pela FDC

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES

Será realizada no dia **26 de junho**, às 9:30 hs, mesa sobre *“Discriminação de Raça e Gênero na Justiça Criminal”*, com a participação do sociólogo **Antonio Sérgio Guimarães** e do jurista **Dyrceu Aguiar Dias Cintra Jr.**

O evento ocorrerá na sede do **IBCCRIM** (2º andar), e as inscrições já podem ser realizadas na seção de eventos, pelo telefone 3105-4607, ramais 153 ou 144, ou pelo e-mail: eventos@ibccrim.org.br

Informamos ainda que estão agendadas, para a última quinta-feira de cada mês, a realização das próximas “mesas”. Mais informações podem ser obtidas nos próximos *Boletins*, no site do Instituto ou na seção de eventos.

Participem!!!

JUÍZES INQUISIDORES? E PARANÓICOS. UMA CRÍTICA À PREVENÇÃO A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS.

Aury Lopes Jr.

I. Introdução

No sistema processual penal brasileiro, a teor do art. 83 do CPP, a prevenção é uma causa de fixação da competência. Pouco nos importa que, em alguns estados, legislação inferior disponha de forma diversa. A regra do processo penal brasileiro é essa: juiz preventivo é o que irá julgar. O problema surge quando o sistema começa a atribuir poderes ao juiz, chegando ao extremo de criar a verdadeira figura do juiz ator (ou melhor, inquisidor), como sucede na Lei nº 9.034/95 e outras na mesma linha. Mais grave ainda é quando existe uma equivocadíssima tendência em ressuscitar os erros do passado, como é a figura do juiz inquisidor⁽¹⁾. Sempre que se atribuem poderes ao juiz, destrói-se a estrutura dialética do processo, o contraditório, funda-se um sistema inquisitório e sepulta-se de vez qualquer esperança de imparcialidade (enquanto *terzettà* = alheamento). Não só diversos modelos contemporâneos demonstram isso (basta estudar as reformas da Alemanha em 1974, Itália e Portugal em 1987/88 e também as mudanças levadas a cabo na Espanha pela LO 7/88, feita às pressas para adequar-se a Sentença do Tribunal Constitucional nº 145/1988), mas também a história do direito processual, especialmente o erro iniciado no sistema acusatório romano de atribuir poderes instrutórios ao juiz, que acabou levando ao sistema inquisitório.

O problema de se ter um juiz com poderes instrutórios vê-se potencializado em sistemas como o brasileiro, que, ao conceberem a prevenção como causa de fixação da competência, geram a imensa monstruosidade jurídica: um juiz investiga e, depois, na fase processual, julga. Mas a crise não surge só com o juiz instrutor, senão com os diversos **pré-juízos** que os juízes rotineiramente fazem sobre atos da investigação preliminar, gerando um imenso **pre-juízo**. Esse é o ponto nevrálgico da questão: o prejuízo que gera os diversos pré-juízos feitos na investigação preliminar. O breve trabalho pretende (des)cobrir esse grave problema, para iniciar a discussão.

II. A imparcialidade do julgador

A imparcialidade do órgão jurisdicional é um “*princípio supremo do processo*”⁽²⁾ e como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e obtenção do reperto judicial justo. Sobre a base da imparcialidade está estruturado o processo como tipo heterônomo de reperto. Aponta Canelutti⁽³⁾ que “*el juicio es un mecanismo delicado como un aparato de relojería: basta cambiar la posición de una ruedecilla para que el mecanismo resulte desequilibrado e comprometido*”. Seguindo Werner Goldschmidt⁽⁴⁾, o termo *partial* expressa a condição de parte na relação jurídica processual e por isso, a *imparcialidade* do julgador constitui uma consequência lógica da adoção da heterocomposição, por meio da qual um terceiro *impartial* substitui a autonomia das

partes. Já a *parcialidade* significa um estado subjetivo, emocional, um **estado anímico do julgador**. A imparcialidade corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supra-ordenado às partes ativa e passiva. Mais do que isso, exige uma posição de *terzettà*, um *estar alheio* aos interesses das partes na causa, ou, na síntese de Jacinto N. Miranda Coutinho⁽⁵⁾, “*não significa que ele está acima das partes, mas que está para além dos interesses delas*”. Por isso, W. Goldschmidt⁽⁶⁾ sintetiza que “*la imparcialidad del juez es la resultante de las parcialidades de los abogados*” (ou das partes).

Mas tudo isso cai por terra quando se atribuem poderes instrutórios (ou investigatórios) ao juiz, pois a gestão ou iniciativa probatória é característica essencial do princípio inquisitivo, que leva, por consequência, a fundar um sistema inquisitório⁽⁷⁾. A gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz conduz a figura do *juiz ator* (e não espectador), núcleo do sistema inquisitório. Logo, destrói-se a estrutura dialética do processo penal, o contraditório, a igualdade de tratamento e oportunidades e, por derradeiro, a imparcialidade - o princípio supremo do processo.

III. O problema da imparcialidade do juiz na doutrina do Tribunal Europeu de Direitos Humanos

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz instrutor ou quando lhe atribuímos poderes de gestão/iniciativa probatória. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do instrutor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de *atividade* e o outro de *inércia*. Nos centraremos na problemática figura do juiz com poderes instrutórios/investigatórios (cujo núcleo está não só no famigerado art. 156 do CPP, mas também na Lei nº 9.034 e outras, que infelizmente têm norteado uma linha do movimento reformista do CPP). Para expor melhor o problema, optamos por analisá-lo a partir de um sistema jurídico concreto — Direito espanhol — não só porque é um típico modelo de instrução judicial (juiz instrutor), mas porque enfrentou recentemente esse problema, produzindo uma qualificada e crítica doutrina e jurisprudência⁽⁸⁾.

O processo penal espanhol está estruturado na *Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 1882 e, originariamente, adotou o sistema bifásico (instrução preliminar e juízo) com separação de funções, de modo que o instrutor não julgava, só instruía. Essa garantia — separação de funções — foi mantida até 1967, quando a LO 3/1967, ratificada posteriormente pela LO10/1980, permitiu, erroneamente, a instrução preliminar e posterior julgamento pelo mesmo juiz. Este erro só foi corrigido com a Sentença 145/1988 do Tribunal Constitucio-

nal, que declarou inconstitucional o sistema por violar o direito ao juiz imparcial. Mas a decisão do Tribunal Constitucional espanhol teve como base as decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), especialmente nos casos *Piersack*, de 01/10/82, e *Cubber*, de 26/10/84.

Para o TEDH, a atuação do juiz instrutor no tribunal sentenciador supõe uma violação do direito ao juiz imparcial consagrado no art. 6.1 do Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950. Segundo o TEDH, a contaminação resultante dos pré-juízos conduzem a falta de **imparcialidade subjetiva ou objetiva**. Desde o caso *Piersack*, de 1982, entende-se que a **subjetiva** alude a convicção pessoal do juiz concreto, que conhece de um determinado assunto e, deste modo, a sua falta de pré-juízos. A **objetiva** diz respeito a se tal juiz encontra-se em uma situação dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável acerca de sua imparcialidade. Em ambos casos, a parcialidade cria a desconfiança e a incerteza na comunidade e nas suas instituições. Não basta estar subjetivamente protegido, é importante que se encontre em uma situação jurídica objetivamente imparcial (é a visibilidade).

Seguindo essas decisões do TEDH, aduziu o Tribunal Constitucional espanhol (STC 145/88), entre outros fundamentos, que o juiz instrutor não poderia julgar, pois violava a chamada **imparcialidade objetiva**, aquela “*que deriva não da relação do juiz com as partes, mas sim de sua relação com o objeto do processo*”. Ainda que a instrução preliminar suponha uma investigação objetiva sobre o fato (consignar e apreciar as circunstâncias tanto adversas como favoráveis ao sujeito passivo), o contato direto com o sujeito passivo e com os fatos e dados pode provocar no ânimo do juiz instrutor uma série de pré-juízos e impressões a favor ou em contra do imputado, influenciando no momento de sentenciar. Destaca o Tribunal uma fundada preocupação com a **aparência de imparcialidade** que o julgador deve transmitir para os submetidos à administração da justiça, pois ainda que não se produza o pré-juízo, é difícil evitar a impressão de que o juiz (instrutor) não julga com pleno alheamento. Isso afeta negativamente na confiança que os Tribunais de uma sociedade democrática devem inspirar nos justicáveis, especialmente na esfera penal.

Desta forma, atualmente, existe uma **pre-sunção absoluta de parcialidade do juiz instrutor**, que lhe impede julgar o processo que tenha instruído.

Mas não apenas os espanhóis enfrentaram esse problema. Seguindo a normativa europeia ditada pelo TEDH, o art. 34 do *Codice di Procedura Penale* prevê, entre outros casos, a incompatibilidade do juiz que ditou a resolução de conclusão da audiência preliminar para atuar no processo e sentenciar. Posteriormente, a *Corte Costituzionale* através de diversas deci-

Aury Lopes Jr.

sões⁽⁹⁾, declarou a inconstitucionalidade por omissão deste dispositivo legal, por não haver previsto outros casos de incompatibilidade com relação a anterior atuação do juiz na *indagine preliminare*. Em síntese, consagrou o princípio anteriormente explicado, de que o juiz que atua na instrução preliminar está prevento e não pode presidir o processo, ainda que somente tenha decretado uma prisão cautelar (Sentença da Corte Costituzionale n° 432 de 15 de setembro de 1995). Por ser prevento, sua imparcialidade está comprometida e por isso não pode julgar.

Em definitivo, a prevenção deve ser uma causa de exclusão da competência. O juiz instrutor é prevento e como tal não pode julgar. Sua imparcialidade está comprometida não só pela atividade de reunir o material ou estar em contato com as fontes de investigação, mas pelos diversos pré-julgamentos que realiza no curso da investigação preliminar⁽¹⁰⁾ (como na adoção de medidas cautelares, busca e apreensão, autorização para intervenção telefônica, etc.). São esses processos psicológicos interiores que levam a um pré-juízo sobre condutas e pessoas. O problema é definir se o juiz de instrução tem condições de proceder ao que se chama de uma *idéia sobre a pequena história do processo*, sem intensidade suficiente para condicionar, ainda que inconscientemente — e ainda que seja certamente — a posição de neutralidade interior que se exige para que comece e atue no processo. Como aponta **Oliva Santos**⁽¹¹⁾, essas idéias pré-concebidas até podem ser corretas — fruto de uma especial perspicácia e melhores qualidades intelectuais — mas inclusive nesse caso, não seria conveniente iniciar o processo penal com tal comprometimento subjetivo.

Crer na imparcialidade de quem está totalmente absorvido pelo labor investigador é o que **J. Goldschmidt**⁽¹²⁾ denomina de *erro psicológico*. Foi essa incompatibilidade psicológica que levou ao descrédito do modelo inquisitório.

É a grave situação do juiz brasileiro — vítima da prevenção como critério definidor da competência — nas situações previstas nas Leis n°s 7.716/89, 9.034/95, 9.296/96 e todas as demais leis (ou projetos) que instituem um juiz com poderes de investigação na fase pré-processual¹³, sem impedir-lhe de atuar como julgador na fase processual.

Finalmente, outra decisão sumamente relevante, que vai marcar uma nova era no processo penal europeu, foi proferida pelo TEDH no caso “Castillo-Algar contra España” (STEDH de 28/10/98), na qual “**declarou vulnerado o direito a um juiz imparcial o fato de dois magistrados, que haviam formado parte de uma Sala que denegou um recurso interposto na fase pré-processual, também haviam participado do julgamento**”. Esta decisão do TEDH levará a outras de caráter interno, nos respectivos Tribunais Constitucionais dos países europeus, e sem dúvida acarretará uma nova

alteração legislativa. Frise-se que esses dois magistrados não atuaram como juízes de instrução, mas apenas haviam participado do julgamento de um recurso interposto contra uma decisão interlocutória tomada no curso da instrução preliminar pelo juiz instrutor. Isso bastou para que o TEDH entendesse comprometida a imparcialidade deles para julgar em grau recursal a apelação contra a sentença. Imaginem o que diria o TEDH diante do sistema brasileiro, em que muitas vezes os integrantes de uma Câmara Criminal irão julgar do primeiro *habeas corpus* — interposto contra a prisão preventiva — passando pela apelação, e chegando até a decisão sobre os agravos interpostos contra os incidentes da execução penal...

IV. Conclusões

Sem dúvida, chegou o momento de repensar a prevenção e também a relação juiz/inquérito, pois ao invés de caminhar em direção à figura do *juiz garante* ou de *garantias*, alheio à investigação e verdadeiro órgão suprapartes, está sendo tomado o caminho errado do *juiz instrutor*.

E mais, a imparcialidade do julgador está comprometida não só pela atividade de reunir o material ou estar em contato com as fontes de investigação, mas pelos diversos pré-julgamentos que realiza no curso da investigação preliminar (como na adoção de medidas cautelares, busca e apreensão, autorização para intervenção telefônica, etc.). **Jacinto N. Miranda Coutinho**⁽¹⁴⁾ aponta o erro da visão tradicional, que “*tem a larga desvantagem de desconectar a matéria referente à competência do princípio do juiz natural*”. Deve-se descartar essa cruel estrutura e assumir o problema. Não basta apenas definir as regras do jogo, mas ir além delas, definindo “*contra quem se está jogando e qual o conteúdo ético e axiológico do próprio jogo*”⁽¹⁵⁾. Esqueçemos os erros do passado e tampouco olhamos para os lados. Como sintetiza a Exposição de Motivos do Código-Modelo para Ibero-América, “*o bom inquisidor mata ao bom juiz, ou ao contrário, o bom juiz desterra ao inquisidor*”. Sequer isso é lido. Não só estamos na contramão da evolução, querendo ressuscitar a superada figura do juiz de instrução, como nos negamos a evoluir, repensando a prevenção, diante da necessidade de proteção da posição do julgador. Em momentos como esse, parece que não somos mais capazes de repensar o pensamento, e, acima de tudo, somos incapazes de repensar o próprio pensar. Como já advertiu **Cordeiro**⁽¹⁶⁾, nessa estrutura domina o “*primato dell’ipotesi sui fatti*”, gerador de um “*quadri mentali paranóici*”. O cenário é doentio: devemos nos preparar para atuar com juízes paranóicos. ●

Notas

- (1) Sobre o tema, consulte-se nossa obra *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*, 2ª

ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

- (2) A expressão é de **Pedro Aragonés Alonso**, na obra *Proceso y Derecho Procesal*, Madrid: Ederesa, 1997, p. 127.
(3) *Derecho Procesal Civil y Penal*, México: Episa, 1997, p. 342.
(4) No magistral trabalho “La Imparcialidad como Principio Básico del Proceso”, in: *Revista de Derecho Procesal*, n° 2, 1950, pp. 208 e segs.
(5) “O papel do novo juiz no processo penal”, in: *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 11.
(6) *Introducción Filosófica al Derecho*, p. 321.
(7) Consultem-se os diversos trabalhos de **Jacinto N. Miranda Coutinho**, especialmente o artigo “Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro”, in: *Separata do ITEC*, n° 04, janeiro/março 2000; e também o “Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito”, in: *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
(8) Sobre esse e outros modelos, consulte-se nossa obra *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
(9) Decisões n°s 496/1990, 401/1991, 502/1991, 124/1992, 186/1992, 399/1992, 439/1993, 432/1995, entre outras.
(10) **OLIVA SANTOS, Andrés**. *Jueces Imparciales, Fiscales Investigadores y Nueva Reforma para la Vieja Crisis de la Justicia Penal*, Barcelona: PPU, 1988, p. 30.
(11) *Jueces Imparciales, Fiscales Investigadores y Nueva Reforma para la Vieja Crisis de la Justicia Penal*, pp. 30, 44 e segs.
(12) *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*, Barcelona: Bosch, 1935, p. 29.
(13) Desnecessário dizer que a situação é ainda mais grave quando se atribui poderes instrutórios ao juiz na fase processual, como prevê o CPP nos arts. 156, 209, etc.
(14) *O Papel do Novo Juiz no Processo Penal*, p. 12.
(15) **COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda**. *O Papel do Novo Juiz no Processo Penal*, p. 47.
(16) **CORDERO, Franco**. *Guida alla Procedura Penale*, Torino: Utet, 1986, p. 51.

Aury Lopes Jr.

Doutor em Direito Processual pela Universidad Complutense de Madrid, professor do Programa de Pós-Graduação — mestrado em Ciências Criminais — da PUC/RS e advogado

Nomeação no STF

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais — IBCCRIM — cumprimenta o desembargador **Antonio Cezar Peluso** por sua nomeação para ministro do Supremo Tribunal Federal.

Membro, há muitos anos, do Poder Judiciário paulista, o ministro **Cezar Peluso** emprestará, por certo, ao cargo para o qual foi nomeado, o brilho de sua cultura jurídica, o destemor de suas atitudes de magistrado e a modernidade de seu pensamento.

NOVA DISCIPLINA JURÍDICA DA QUEBRA DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS

Juliana Garcia Belloque

Juliana Garcia Belloque

No último 25 de abril, o **IBCCRIM** promoveu a segunda *Mesa de Estudos e Debates*, com foco no anteprojeto de lei que disciplina o art. 5º, inc. XII, *in fine*, da Constituição da República, em substituição à Lei nº 9.296/1996 (Lei das Interceptações Telefônicas). O evento contou com a participação da professora **Ada Pellegrini Grinover**, membro da Comissão Especial constituída pelo ministro **Márcio Thomaz Bastos** para elaboração do anteprojeto, e do 1º vice-presidente do **IBCCRIM**, **Maurício Zanoid de Moraes**.

O rico debate que se travou embasou a preparação de sugestões pelo Instituto⁽¹⁾, que esperamos possam contribuir para a elaboração final deste relevante projeto de lei, o qual, inegavelmente, constitui um grande avanço na disciplina jurídica da matéria.

A regulamentação da quebra do sigilo das comunicações telefônicas para fins de instrução processual penal deve vencer o desafio de alcançar o justo equilíbrio entre a operacionalização dos instrumentos necessários à investigação criminal e o respeito ao direito à intimidade, garantido constitucionalmente. No encontro, restou incontroverso que a disciplina jurídica atualmente em vigor não logrou atingir esse objetivo.

Traçando esse caminho, o principal progresso do anteprojeto ora em comento foi a correção do “defeito maior” da vigente Lei nº 9.296/96, qual seja — consoante o próprio entendimento da Comissão Ministerial, expressado na exposição de motivos — a inobservância do critério de proporcionalidade, reitor de toda atividade legislativa de restrição dos direitos fundamentais. A indigitada lei permite a quebra do sigilo das comunicações telefônicas para a investigação de todos os crimes apenados com reclusão (art. 2º, inc. III). Em razão da desmedida abrangência, peca pelo excesso, faltando ao legislador o exercício de ponderação dos valores envolvidos que lhe exige o sistema constitucional. Em razão da categórica exclusão de quaisquer crimes apenados com detenção, peca pela inadequação, ao olvidar que, neste rol, encontram-se condutas praticáveis por meio da comunicação telefônica e nela exauríveis, de modo que o único meio hábil de investigação seja a quebra do sigilo, como é o caso, exemplificativamente, da ameaça.

O anteprojeto apresenta como solução, aplaudida durante os debates, a edificação de um elenco **taxativo** de crimes cuja investigação pode ensejar, mediante requerimento escrito e fundamentado à autoridade judiciária competente, a adoção da medida em estudo.

Assim, logo no art. 1º, de um lado, são mencionadas condutas criminosas particularmente graves — dentre outras, o tráfico de drogas e de mulheres, a lavagem de dinheiro, o homicídio doloso, a extorsão mediante seqüestro e as ações decorrentes de organização criminosa — e de outro, elenca-se o crime de ameaça, quando cometido por telefone.

Neste ponto, vale ressaltar as sugestões desenvolvidas pelo **IBCCRIM** para o aprimoramento desse rol de crimes. Primeiramente, re-

putava-se a presença, no inc. I, da expressão terrorismo, que ainda não encontra suficiente definição na legislação penal pátria, o que pode gerar abusos quando da aplicação da lei.

Além disso, considera-se excessiva a alusão ao crime de roubo sem delimitação alguma, de modo a permitir a utilização da intervenção na comunicação telefônica no curso de investigação relativa, inclusive, à prática de roubo simples. Trata-se de crime contra o patrimônio de larga incidência na sociedade brasileira, cuja permanência, do modo como hoje está, no rol de condutas estruturado no anteprojeto, significará verdadeira banalização da quebra do sigilo das comunicações telefônicas como meio de obtenção de prova no processo penal. Neste passo, espera-se que se faça menção tão somente ao roubo agravado nos moldes dos incs. III, IV e V do § 2º do art. 157 do CP, bem como ao roubo qualificado pelo resultado lesão grave ou morte (§ 3º do mesmo artigo). Estas são as circunstancialidades típicas envolvidas da conduta que assumem maior gravidade no atual contexto social.

Ainda, sugere-se a inclusão dos crimes contra a honra, ao lado da ameaça, quando cometidos por telefone.

Outro ponto de destaque no anteprojeto foi a preocupação rigorosa com a fundamentação do pedido de adoção da medida probatória. O requerimento, que agora também pode ser feito pelo acusado⁽²⁾, pelo ofendido ou seu representante legal, deve conter a clara descrição da situação objeto da investigação; a qualificação do acusado (salvo impossibilidade justificada); a indicação dos indícios suficientes da prática de quaisquer dos crimes elencados e a demonstração da estrita necessidade da quebra do sigilo e da impossibilidade de obter-se a prova pretendida por outros meios menos gravosos.

Extingue-se a possibilidade do pedido verbal, constante no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.296/96, hipótese que “*corrói a verificação da necessidade e da adequação*”⁽³⁾, já que não claramente evidenciados e consignados todos os fundamentos acima expostos, indispensáveis à autorização judicial da quebra do sigilo.

Não olvidou o anteprojeto da garantia constitucional do direito de defesa, disciplinando um incidente probatório, desenvolvido em contraditório, para a transcrição dos trechos gravados pertinentes à instrução da causa penal.

O capítulo III do anteprojeto trata da execução das operações técnicas de intervenção nas comunicações telefônicas, sede atual dos maiores abusos perpetrados contra o direito à intimidade, segundo afirmou a professora **Ada Pellegrini Grinover** na sua exposição dos trabalhos da comissão. O interesse público na manutenção da situação de reserva das conversas gravadas impõe o afastamento das empresas operadoras dos serviços de telefonia da atribuição de execução das intervenções. Esta incumbência fica afeta exclusivamente a órgão próprio da Polícia Judiciária, sob a

responsabilidade direta de sua chefia e sujeita ao controle do Ministério Público. Utilizar-se-á de um sistema tecnológico de armazenamento dos dados, chamado pela professora de “sistema de gerenciamento centralizado”, capaz de assegurar a inviolabilidade das informações, sendo que a autoridade policial deverá encaminhar imediatamente ao juiz competente todo o material obtido, acompanhado de autos circunstanciados com o resumo das operações realizadas.

Diante da insuficiência da legislação em conferir respostas à grande frequência das práticas ilícitas de interferência nas comunicações telefônicas, além de conferir maior segurança à execução das operações técnicas, o anteprojeto criminaliza condutas de forma mais minuciosa que a lei vigente.

Por fim, o avanço do anteprojeto somente seria satisfatório se acompanhasse o desenvolvimento tecnológico das formas de interferência nas comunicações telefônicas. De fato, a difusão das técnicas modernas tornam obsoletas as normas jurídicas que não as abordarem. Consciente deste cenário, a Comissão Ministerial efetuou estudo também na seara técnica e trouxe diversas inovações para o corpo da lei. São disciplinadas modalidades de intervenção na comunicação hoje não mencionadas, como o impedimento (intervenção para que a comunicação não chegue ao seu destino) e a interrupção (obstrução da comunicação em dado momento). A perplexidade que algumas expressões técnicas podem causar indica a conveniência da elaboração de um glossário que acompanhe a nova lei.

O tema, como se vê, é dos mais relevantes. E o debate, que teve lugar na sede do **IBCCRIM**, foi esclarecedor e instigante, germinando nos participantes um pouco de esperança, embora ofuscada pelo brutal cenário hoje vivenciado, de que ainda possa haver boa produção legislativa em matéria penal e processual penal. 

Notas

- (1) Divulgadas no [site www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br).
- (2) Impõe-se a conferência de legitimidade também ao defensor do acusado.
- (3) Exposição de motivos do anteprojeto, item 2.

Juliana Garcia Belloque

Advogada, mestre em Direito Processual Penal pela USP e membro da Comissão de Estudos e Debates do **IBCCRIM**

Juízes do Júri discutem reforma

Encontram-se disponíveis na Internet (www.ibccrim.org.br/informacoes/13210) as conclusões alcançadas pelos juízes de direito reunidos no III Encontro dos Juízes do Júri do Estado de São Paulo, realizado em Campinas, aos 29 e 30 de novembro de 2002, para a discussão do Projeto de Lei nº 4.203/2001 (reforma do procedimento do Júri).

ÍNDICE PARA UMA PROGRESSÃO GARANTISTA E REDUTORA DA PRÁXIS CARCERÁRIA⁽¹⁾

Alejandro W. Slokar

Alejandro W. Slokar

§ 1. O modelo sinalagmático

Além do eterno dilema entre justiça e utilidade do castigo, pelo menos desde **Beccaria** até os dias de hoje, o discurso jurídico penal esclarece-nos da exigência de proporcionalidade (ou proibição de excesso) das penas. Isso quer dizer que os castigos devem ser graduados segundo a gravidade do delito, ou seja, a magnitude de lesividade de um conflito e o grau de culpabilidade de seu autor. Trata-se de um critério que fornece limites que expressem um meio para restringir o poder punitivo, ao eliminar a severidade e a arbitrariedade de suas sanções.

Esta exigência de matriz iluminista, que demanda simetria entre delito e pena, vem sendo negada pela prática carcerária somente pelo fato de advertir, com ajuda do sentido comum uma realidade tão óbvia quanto evidente: a prisionização como custódia absoluta no marco de uma instituição total (de *sequestro*) atenta contra muitas outras coisas, além da liberdade ambulatoria. Existe uma enorme quantidade de castigos e sanções, que desde restrições menores até privações de maior gravidade, causam impacto no padrão de vida de um indivíduo ao afetar o enorme conjunto que conforma seus direitos. Basta pensar no risco de morte ou à saúde dentro de qualquer prisão para se notar, sem maior esforço, que a balança inclina-se contra uma das partes desta relação. A reclusão supera — com excesso — o objeto legal para onde deve dirigir-se: ela gera a impossibilidade relativa do recluso de fixar soberanamente sua posição no espaço.

Em suma, na pena imposta (seja na variante de antecipação da prisão ou na diretamente executada) a indispensável igualdade ou paridade entre sanção e infração se esvaí, quando não chega a desaparecer.

§ 2. As exigências penitenciárias constitucionais e jus-humanistas

A esta altura parece desnecessário dizer que a prisão somente pode ser utilizada **como** castigo e não **para** castigar.

Também é conveniente não desatender o postulado ressocializador que hoje possui hierarquia constitucional com a nivelção dos tratados e, interpretá-lo de maneira que longe de uma grosseira expressão paternalista ou autoritária, gere em seu conteúdo a maior oferta estatal a favor do preso para reduzir a situação originária de desvantagem social e reverter o *handicap* negativo que supõe a institucionalização.

Frente a estes princípios limitadores, a atividade jurídica é chamada a preparar uma reivindicação para que as distintas agências do sistema penal respondam ao interrogante sobre a direção que seguirá a política penitenciária próxima, ante a considerável taxa atual de encarceramento e, principalmente, façam cargo do nada auspicioso destino — imediato e mediato — das pessoas prisionizadas. Assim, adverte-se que o efeito **extensivo** do recurso ao encerro carcerário é diretamente

proporcional ao negativo efeito **intensivo** na cotidianeidade dos direitos do preso.

Para isso, é conceitualmente indispensável construir os limites da intervenção carcerária em termos legítimos ou, se preferir, a partir de um enfoque crítico, o menos ilegítimo possível, levando em conta sugestões criativas e concretas que mereçam a atenção e ulterior responsabilidade das autoridades políticas, administrativas e judiciais.

Trata-se de levar adiante o planejamento de um esquema teórico e prático que reduza o crescimento da população carcerária, separando aquelas prisionizações que, por causa da ausência de proporcionalidade, devem ser rechaçadas por seu caráter desumano ou degradante. Tanto a Constituição quanto o direito internacional dos direitos humanos consagram um mínimo de exigências éticas sob as quais o castigo estatal resulta inaceitavelmente humilhante para o infrator e, no pior dos casos, intromissivo nos direitos de terceiras pessoas (particularmente quando procura-se estender a culpabilidade a todas as pessoas que cercam o delinqüente).

As penas podem ser degradantes em abstrato, ou seja, em consideração ao que sucede na maioria dos casos (por exemplo esterilização, marcação cutânea, intervenções neurológicas, etc.) ou em concreto referidas a uma pessoa e suas particulares circunstâncias em torno do castigo. Em ambos os casos, esta modalidade de castigo de caráter humilhante nega o *status* de indivíduos àqueles que o devem sofrer, ou seja, são considerados inferiores a pessoas. Em termos mais simples: **se as condições de uma prisão negam ao recluso seu caráter de sujeito de direitos e aniquilam sua dignidade, o estado se converte em delinqüente e o delinqüente em vítima.**

§ 3. A estratégia de ingresso reducionista

A primeira e a melhor solução para a redução da superpopulação carcerária resulta, sem dúvida, na variação do *input* na criminalização primária. Trata-se de um freio a qualquer expansão punitiva mediante o recurso à lei penal. Para isso é necessário convencer as agências políticas que na legislação material abandonem a opção em favor da pena privativa da liberdade para delitos menos graves e apliquem políticas descriminalizadoras ou despenalizadoras, mediante uma procura maior aos demais ramos do ordenamento que ofereçam soluções ao conflito (modelo reparador ou conciliador). Outra alternativa seria o fortalecimento das medidas não privativas da liberdade que há pelo menos três décadas — com resultados mais ou menos satisfatórios — governam algumas matérias nos mais diversos contextos.

§ 4. Mais cadeias ou menos presos?

Como isto não é muito possível de obter das agências políticas que, em épocas eleitorais, discorrem com **campanhas de lei e or-**

dem, a solução burocrática e oficial mais óbvia é a ampliação das prisões existentes ou a construção de novas. O discurso que pretende a extensão do sistema penitenciário não pode dar resposta à crise econômica pelo custo muito elevado que deve suportar a comunidade, desde que não seja camuflado pela mercantilização privada, devido à entrega de um pagamento estatal. Além disso, esta estratégia enfrenta problemas de outra natureza toda vez que a capacidade adicional de acolher presos não pode — por motivos óbvios — estar disponível em tempo real, no entanto, o fluxo de ingresso seja constante. Também a experiência comparada mostra que com a construção de novas prisões não são superados os problemas de superpopulação, ao contrário, são renovados.

§ 5. A subsidiariedade pela via do Habeas Corpus

Devem-se fazer esforços para persuadir aos juízes a fim de que somente como modo de exceção empreguem a opção da privação de liberdade, em virtude da desatenção do princípio de proporcionalidade que opera no âmbito carcerário. Trata-se de outra estratégia que consiste na adoção de um discurso jurídico por parte dos operadores da agência judicial, que dê prioridade à maior aplicação da liberdade mediante o pagamento de fiança. O maior número de pessoas nas cadeias encontra-se preso preventivamente, e é contra este encerro de inocentes que deve dirigir-se seu principal propósito. Se a crise penitenciária deslegitima o recurso da privação de liberdade de culpados, mais ainda resulta ilegítima a intervenção quando se dirige contra pessoas (apenas!) sem condenação transitada em julgado.

§ 6. O método do *numerus clausus*

É indispensável contar com a capacidade do sistema carcerário para assegurar a proporcionalidade. O limite da pena deve estar estabelecido na medida do número de presos e a capacidade da prisão. Deste modo, o recurso à privação da liberdade não deve exceder a capacidade real da unidade carcerária. Em outras palavras: se uma penitenciária foi projetada para a convivência de 500 presos, somente poderiam alojar-se de forma efetiva essa quantidade de pessoas. Quando se atinge o número 501, o Judiciário deve escolher entre os internos mais próximos ao cumprimento da pena para gerar uma vaga, com sua liberdade por meio da imposição de determinadas regras, ou — caso contrário — impedir o ingresso de um novo detido.

Esta exigência sobre a capacidade da unidade deve ser adotada como um dos padrões da equidade do castigo. Para isso, embora seja uma tarefa complexa e não menos sofisticada, poderia uma comissão mista (autoridades e organizações relacionadas à problemática) qualificar os estabelecimentos com uma pontuação; controlar permanentemente o

➔ volume e nível da população, tanto quantitativamente quanto qualitativamente, em cada unidade carcerária; e indicar periodicamente aos juízes o número de vagas disponíveis, a fim de que autorizem o egresso antecipado ou impeçam o ingresso à penitenciária.

Por fim, se a média européia mostra que a razão é de cem presos para cada cem mil habitantes, e nos Estados Unidos e na Rússia superam os 500 para chegar a mais de um milhão e meio de reclusos, seria válido fixar uma política — como em outros âmbitos estatais — que indique qual deveria ser o número geral de presos, com a finalidade de ajustar os algarismos em relação a essa projeção.

§ 7. A minimização da ingerência nos direitos do preso

A realidade ensina a impossibilidade fática de compatibilizar qualquer encarceramento atual com a dignidade das pessoas. A institucionalização tem efeitos desintegradores sobre o preso, que consolidam o risco de seleção por parte do sistema penal, ao provocar sua deterioração e fortalecer a estigmatização. Em termos qualitativos, o divórcio entre o regime e tratamento, a representação dos internos junto à administração e a eficaz defesa de seus interesses na justiça,

são somente alguns dos assuntos que devem ser considerados de imediato para resguardar seus direitos.

§ 8. A necessária desburocratização

Isso somente seria compatível com a desconcentração da administração penitenciária e seu trabalho em favor de diretorias regionais e municipais que buscariam inserir os estabelecimentos nas comunidades locais, comprometendo-se a organizações desse meio, para a formação e ocupação do ex-presidiário e procurando um modelo de gerenciamento financeiramente autônomo.

§ 9. A civilização do serviço

Está claro que para o conjunto de fins assinalados devem ser abordados também a reforma e formação de pessoal penitenciário, com a gradual supressão de sua militarização, mediante a dissolução do modelo tecnocrático através da diversificação no recrutamento (educadores, assistentes sociais, psicólogos e médicos), com um meritocrático sistema de ascensão e remuneração condigna. Os serviços de assistência ao egresso também devem incorporar um número maior de profissionais, de modo que o número total de assistentes sociais do serviço penitenciário aproxi-

me-se ao de qualquer país central.

§ 10. O cenário penitenciário futuro

Ainda que com risco de cair em *futurologia* não é difícil observar que a crise geral das chamadas teorias da pena e, particularmente, da prisão frente à queda da ideologia da ressocialização, a destruição do estado assistencial e o surgimento das modernas tecnologias de controle eletrônico, além do desenvolvimento nos âmbitos institucionais das mais graves enfermidades infectocontagiosas dão conta de um panorama onde a desapareição não parece estar distante. Somente cabe o alerta e extremar a precaução diante da incerteza que provoca qualquer modelo substituto. ●

Nota

(1) Síntesis de la conferencia pronunciada el día 20 de marzo del año 2003 en Río de Janeiro, a propósito del Seminario “Violencia: frente y detrás”, organizado por la Escuela de la Magistratura Regional Federal de Brasil (Emarf) y la Fundación Konrad Adenauer.

Alejandro W. Slokar

Professor de Direito Penal e Criminologia da Universidade de Buenos Aires

Alejandro W. Slokar

LEI DE TÓXICOS

César Peres

Têm os órgãos do Poder Judiciário legitimidade para alterar, em detrimento do cidadão, o desejo manifestado pelo Poder Legislativo, cujos membros foram escolhidos pelo povo justamente para elaborar as normas legais? Dito de outra maneira: podem os juízes legislar? A resposta, obviamente, só pode ser uma: não e “re-não”!

Pese isso, algumas vezes, na prática, verifica-se justamente o contrário. E nada há que se possa fazer. Explica-se: o único dos três Poderes a não sofrer o controle popular é o Judiciário. Executivo e Legislativo são controlados pelo vencimento dos mandatos. Podem ou não seus membros serem reeleitos. Os representantes do Poder Judiciário, ao contrário, têm como garantia constitucional a vitaliciedade. Assim, salvo em casos excepcionais, aprovados em concurso público, cumprido o chamado estágio probatório, serão conservados na carreira até a aposentadoria. Bem ou mal, esta é a prescrição constitucional. Destarte, deve ser acatada. Por estas e outras é que significativa parcela da população, composta principalmente pelos chamados operadores do Direito, propugna por uma reforma da instituição, no sentido, especialmente, de se estudar a possibilidade de seu controle externo.

Voltemos à questão inicial: somente pelo motivo de não poder o povo fiscalizar-lhes, porque avaliados unicamente pelos próprios pares — só o juiz, ou o desembargador, ou o ministro julgam — é aceitável tenha o magis-

trado má vontade para com a lei? A questão já foi respondida alhures.

Justifico a abordagem.

A Lei nº 10.409/2002 — nova Lei de Tóxicos —, apenas para fixar-se um exemplo, encontra sérias resistências por parte de alguns julgadores. Esta posição não é fulcrada em eventual inconstitucionalidade do diploma em apreço. Poderiam, é certo, os magistrados entender, por exemplo, ser este ou aquele dispositivo contrário à matriz constitucional e, nesta senda, apesar de reconhecer-lhe vigência, negar-lhe validade — estariam legislando negativamente, o que, realizado de forma fundamentada, não lhes é vedado —, ou concluir ser a regra inaplicável porque revogada por outra mais moderna. Não é o caso.

Trata-se de resistência injustificada. Pior: literalmente. Isto é, não aplicam a lei porque não querem e, não tendo justificativas para tanto, por óbvio, não dizem o porquê. Puro arbítrio.

A norma em tela, claramente, previu deva ser o imputado interrogado em duas oportunidades, antes e depois de eventual recebimento da denúncia. **Quem tinha a outorga popular para legislar — o Poder Legislativo** — esforçou-se por deixar tal fato bem claro, transparente, estreme de dúvidas.

Vejamos.

O art. 38, *caput*, obriga ao juiz que, uma vez oferecida a denúncia, determine a citação, de molde a responder o denunciado à acusação, por escrito, no prazo de 10 dias.

Estabelece, ainda, designe o magistrado interrogatório no prazo de 30 dias, estando aquele solto, ou de cinco, se preso. Depois, sendo hipótese de recebimento da inicial — **porque, obviamente, pode não ser este o caso!** —, preceitua seja o réu intimado da data da audiência (arts. 40 e 41), quando será novamente ouvido, antes da oitiva das testemunhas.

Como se vê, ocorrendo o recebimento da denúncia, impõe-se a dupla oportunidade de audiência do réu. Repare-se no fato de estar o verbo “designar”⁽¹⁾ no chamado futuro jussivo, ou seja, é imperativo ao juiz o cumprimento do comando. Trata-se de poder/dever, isto é, exercício de poder vinculado, que não levará em conta aspectos de conveniência e de oportunidade. A imposição é de natureza cogente e não se subordina ao talante da autoridade judicial.

E isto porque os acusados de tráfico de drogas, por exemplo, em face da Lei nº 8.072/90, denominada Lei dos Crimes Hediondos — ela mesma não menos hedionda, por razões que aqui não serão abordadas⁽²⁾ —, devem, segundo têm entendido os tribunais, permanecer presos durante a instrução. Não têm eles direito à liberdade provisória. Tal entendimento fere de morte o princípio constitucional da inocência (art. 5º, LVII da CF)⁽³⁾. Assim, nada mais justo possa o imputado antes do recebimento da denúncia, a par da defesa técnica, por escrito, fazer a sua própria manifestação frente ao julgador, de viva voz. Este pode — por que não? — convencer-se, já neste primeiro momento, da inocência da-

César Peres

➔ quele e rejeitar a acusação. Haveria, num caso assim, necessidade de permanência do cidadão no cárcere? Não. A intenção do legislador foi de meridiana limpidez.

Ademais, a simples condição de estar respondendo a uma ação penal já enseja, por si só, terrível gravame ao homem de bem. O interrogatório preliminar é a ocasião para corrigir-se eventual equívoco, sem necessidade de se esperar até sentença absolutória ou mesmo desclassificatória. Não se descure o fato de poder o próprio órgão do Ministério Público desclassificar a imputação, em aditamento à peça angular, ou mesmo pedir o arquivamento, se a isto for convencido pelas palavras do réu ou pelos escritos da defesa. Não por outra razão, de acordo com a lei (art. 38, § 4º), deve o MP manifestar-se após as alegações escritas e a fala preambular do denunciado. Acontecendo qualquer dessas hipóteses, haverá sensível mudança no quadro probatório⁽⁴⁾, devendo o réu ser ouvido sobre tais alterações em nova sessão.

Nem se alegue ser a dupla entrevista tendente ao atraso na marcha do feito. Não é verdade. No procedimento anterior, regido pela Lei nº 6.368/76, já a instrução comportava pelo menos duas audiências, uma para interrogatório e outra para a produção de provas testemunhais. Remanesce a realização de duas solenidades: a primeira antes do recebimento da denúncia, para a inquirição preliminar; e a segunda, depois de recebida a peça incoativa, a fim de ouvir-se as testemunhas, na qual o réu será novamente escutado, se assim almejar.

De outra banda, a Constituição Federal nada opõe à existência da dupla inquirição. Ademais, o interrogatório é meio de defesa⁽⁵⁾: pode o imputado inclusive permanecer calado, se preferir, nos termos do art. 5º, LXIII da CF. Silêncio, como se vê, guindado à hierarquia de Direito e Garantia Fundamental. Desse modo, não prospera nem mesmo a argumentação segundo a qual “*ouvir-se o réu por duas vezes é contra seu próprio interesse*”, porque na segunda ocasião pode ele simplesmente ratificar o que disse pela primeira vez.

A Carta Magna exige, por outro lado, “*ampla defesa*” (art. 5º, LV). Ora, entendeu o legislador que o exercício amplo da defesa — igualmente erigido à categoria de Direito e Garantia Fundamental —, nas acusações baseadas na Lei de Tóxicos, somente existirá se acontecerem dois encontros entre o acusado e seu julgador. Dispositivo perfeitamente recepcionado pela matriz constitucional.

As normas de Direito Fundamental são princípios, como salienta Rosângela Slomp, ao dizer que Willis Santiago Guerra Filho⁽⁶⁾, “*(...) analisando a questão do Direito pátrio, propõe um ‘corte epistemológico’ para estudar o sistema normativo constitucional onde, no ‘topo’ da pirâmide estão os princípios constitucionais, dentre os quais se incluem as normas de Direito Fundamental*”.

Mais adiante⁽⁷⁾: “*Os Direitos Fundamentais, portanto, estariam consagrados objetivamente em ‘princípios constitucionais especiais’, que seriam a ‘densificação’ (Canotilho) ou ‘concreti-*

zação’ (embora ainda em nível extremamente abstrato) daquele ‘princípio fundamental geral’ de respeito à dignidade humana.”

E cita Alexy⁽⁸⁾: “*Assim, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro de possibilidades jurídicas e reais existentes. São mandatos de otimização. Já as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se válida a regra, há de fazer-se exatamente o que ela exige, nem mais nem menos, porque elas contêm determinações no âmbito fático e juridicamente possível*” (sublinhamos).

Em suma: a amplitude da defesa e a garantia de ser ouvido, se quiser, como Direitos Fundamentais, até podem encontrar limites na lei — embora não seja este o caso —, que lhes delineará a forma de exercício “*dentro de possibilidades jurídicas reais existentes*”, nunca pelo juiz⁽⁹⁾. Não se admitiria, entretanto, como é intuitivo, suprimisse o legislador ordinário o interrogatório. É que a garantia de audiência pessoal, a par de tradição do sistema normativo pátrio, é direito subjetivo da parte, como corolário do exercício da ampla defesa. Nada impede, entretanto, possa a norma preceituar a realização de duas — como ocorre na situação em tela! — ou mais formalidades, desde que conducentes “*na maior medida possível*” à plena realização do desiderato constitucional. ☐

Notas

- (1) “Art. 38. Oferecida a denúncia, o juiz, em 24 (vinte e quatro) horas, ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data da juntada do mandado (sic) aos autos ou da primeira publicação do edital de citação, e designará dia e hora para o interrogatório, que se realizará dentro dos 30 (trinta) dias seguintes, se o réu estiver solto, ou em 5 (cinco) dias, se preso.”
- (2) Sobre o tema, por todos, ver FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos: Anotações Sistemáticas à Lei 8.072/90*, 4ª ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- (3) “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória.”
- (4) CAPEZ, Fernando e GONÇALVES, Eduardo Rios. “Questões polêmicas da nova Lei de tóxicos”, in: *Boletim do IBCCRM* nº 113, ano 10, abril/2002, p. 7.
- (5) TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, 17ª ed. revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 239 e segs.
- (6) SLOMP, Rosângela. *Inconstitucionalidade do Crime de Apropriação Indevida Previdenciária (Art. 168-A, § 1º, Inc. I do Código Penal)*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 82.
- (7) Obra citada, p. 83.
- (8) ALEXI, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, 1993, pp. 81-87, apud SLOMP, Rosângela. *Inconstitucionalidade...*
- (9) SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 15ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, pp. 176 e segs.

César Peres

Advogado e professor de Direito Penal na ULBRA (Univ. Luterana do Brasil - Gravataí)

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 - AIJFE
- 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
- Sindicato dos Delegados de Polícia Federal em Minas Gerais

— 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

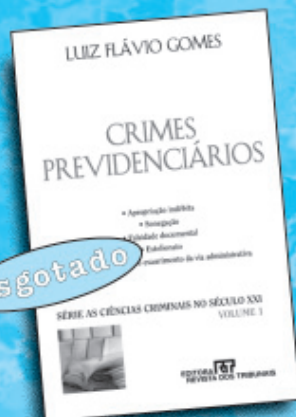
— SANTA CATARINA

- 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.
- Curso Vocação Preparatório para a Carreira de Delegado de Polícia e OAB - 8º Ano - 15ª Turma - Presidente Prudente
- Curso Forense - Ribeirão Preto
- Ordem dos Advogados do Brasil
- Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
- Veredicto Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas - Campinas

Série As Ciências Criminais no Século XXI



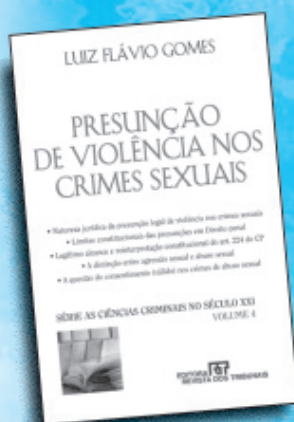
120 páginas • brochura



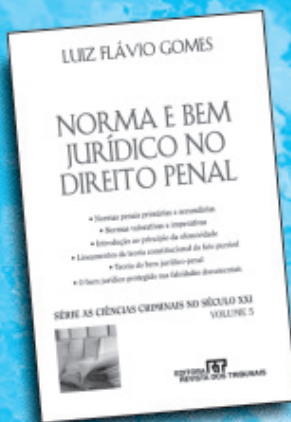
158 páginas • brochura



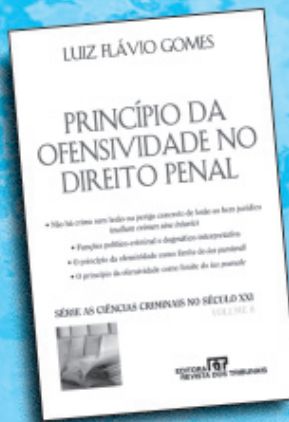
252 páginas • brochura



152 páginas • brochura



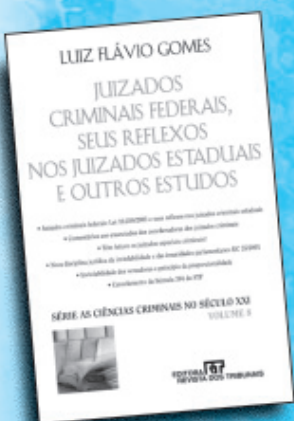
176 páginas • brochura



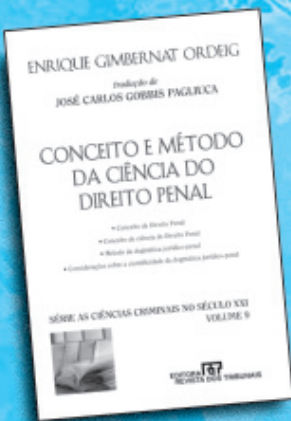
116 páginas • brochura



164 páginas • brochura



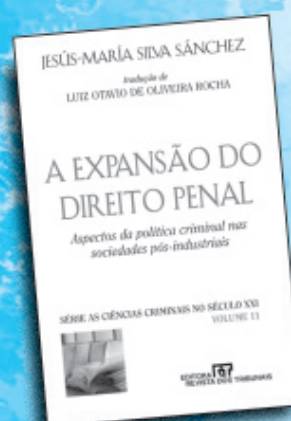
166 páginas • brochura



110 páginas • brochura



162 páginas • brochura



154 páginas • brochura

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

**Adquira estas e
outras obras na
Livraria RT Virtual**

**livraria
RT**
www.livrariart.com.br