

Boletim**IBCCRIM**

Publicação
Oficial do
INSTITUTO
BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS
CRIMINAIS

VII SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO IBCCRIM

Estamos na segunda fase de inscrições para o VII **Seminário Internacional do IBCCRIM**, e as vagas estão se esgotando. Esse ano, além dos 800 lugares normalmente disponíveis, haverá também mais 400 no teatro do hotel, onde as palestras serão transmitidas por meio de um telão. Para os interessados nas 800 vagas dentro do salão principal, ainda temos essa possibilidade, mas lembramos que é necessário entrar em contato conosco para confirmação.

O evento tratará de vários temas de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Sociologia, apresentando 8 palestras e 24 painéis, com a presença de importantes palestrantes do Brasil, Uruguai, Itália, Portugal, Alemanha, México e Espanha.

O programa completo do seminário e a ficha de inscrição também estão disponíveis no site: www.ibccrim.com.br

Não fique de fora desse grande evento, faça logo sua inscrição!

Data: de 2 a 5 de outubro

Local: Maksoud Plaza Hotel, São Paulo - SP.

Informações e Inscrições
Depto. de Comunicação e Marketing

Rua XI de agosto, 52

5º andar - Centro

São Paulo - SP

CEP: 01018-010

Tel.:(11) 3105-4607

Fax.:(11) 3105-0109

E-mail:

comkt@ibccrim.com.br

EDITORIAL

Após a recente redemocratização, o Estado brasileiro vem subscrevendo importantes tratados internacionais voltados à proteção dos direitos humanos. O marco inicial do processo de incorporação do Direito Internacional pelo direito interno foi a ratificação, em 1º de fevereiro de 1984, da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher.

Os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, ao contemplar parâmetros mínimos de proteção, passam a se integrar com o Direito pátrio. Nas palavras de **Antonio Augusto Cançado Trindade**, "*com a interação entre o Direito internacional e o Direito interno, os grandes beneficiários são as pessoas protegidas.(...) No presente contexto, o Direito internacional e o direito interno interagem e se auxiliam mutuamente no processo de expansão e fortalecimento do direito de proteção do ser humano*".

O aparato internacional, independentemente da situação política vivida por este ou aquele país, produz uma espécie de controle, de monitoramento e de fiscalização externos para as ações patrocinadas pelo Estado em relação ao cidadão ou cidadã, coibindo-se assim eventuais arbítrios, tão comuns entre nós.

Há hoje o sistema global (adotado no âmbito da ONU) e sistemas regionais (adotados nos âmbitos europeu, interamericano e africano). Estes sistemas, inspirados pela lógica e principiologia da Declaração Universal de 1948, são complementares, conjugando-se ainda com o sistema nacional de proteção.

Instâncias para apuração de denúncias de violações de direitos humanos foram criadas, como, no âmbito do sistema regional interamericano, a Comissão e a Corte Interamericanas, cuja jurisdição, no caso desta última, somente foi reconhecida pelo Estado brasileiro em dezembro de 1998.

Muitos dos direitos consagrados no sistema internacional, e mesmo os próprios instrumentos de proteção, ainda são desconhecidos pela imensa maioria dos(as) advogados(as), juízes(as), promotores(as) e cidadãos(ãs) brasileiros(as). Não obstante, há na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com sede em Washington (EUA), cerca de 70 casos contra o Brasil, cabendo destaque às chacinas do Carandiru, da Candelária, de Corumbiara e de Eldorado dos Carajás.

Um destes casos foi apresentado por membros do Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo e pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), que peticionaram à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em junho de 2000, denunciando o Brasil como violador dos arts. 1º, 1; 8º, 2, "h"; e 25, todos da Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica.

O caso adotado como paradigma refere-se a uma ação penal que tramitou perante a 8ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP, na qual foi decretada sentença que condenou um cidadão brasileiro à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime fechado, mais 10 (dez) dias-multa, por incurso no art. 10, § 3º, inciso IV, da Lei nº 9437/97.

Em razão da reincidência, foi vedado o apelo em liberdade, frente ao disposto no art. 594 do CPP. Não obstante ter sido o agente preso em flagrante e permanecido custodiado ao longo de toda a tramitação do feito em 1º grau, após a publicação da sentença, acabou empreendendo fuga do distrito aonde se encontrava, motivo pelo qual o recurso de apelação interposto foi julgado deserto, consoante o que estabelece o art. 595 do CPP.

Após impetração de *habeas corpus* e o correspondente recurso ordinário visando ao processamento da irresignação defensiva, a decisão de 1ª instância permaneceu inalterada, transitando em julgado, o que levou à interposição da mencionada petição, pois o aludido artigo 8º da Convenção Americana dispõe que toda pessoa, como garantia mínima, tem direito ao duplo grau de jurisdição.

O caso é, assim, capaz de realçar a dupla dimensão dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos: a) parâmetros protetivos mínimos a serem observados pelos Estados e b) instância de proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas.

Há que se reiterar que o sistema interamericano invoca um parâmetro de ação para os Estados, legitimando o encaminhamento de petições de indivíduos e entidades não-governamentais se estes *standards* internacionais são desrespeitados. Neste sentido, a sistemática internacional estabelece a tutela, a supervisão e o monitoramento do modo pelo qual os Estados garantem

ÍNDICE

Boletim IBCCRIM - Setembro/2001 - nº 106

- *Editorial* 01
- *Primeiras Impressões Sobre a Lei nº 10.259 de 12 de Julho de 2001, Que Institui os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no Âmbito da Justiça Federal*
- Fernando Tadeu Cabral Teixeira 02
- *Interrogatório Mediante Carta Precatória*
- Paulo Hamilton Siqueira Jr. 04
- *La Policía en el Estado de Derecho Latinoamericano*
- Teresa Manso Porto 06
- *Da Necessidade de Separação: Autos do Inquérito X Autos do Processo*
- Alexandre Bizzotto 08
- *A Verdade Processual em Ferrajoli*
- Rogerio Schietti Machado Cruz 09
- *Execução Penal Provisória*
- Rodrigo Cenzi R. de Mendonça 11
- *Servir Bebida Alcoólica a Menor de 18 Anos é Contravenção Penal*
- Sidney Juarez Alonso 12
- *Cosméticos e Perfumarias no Direito Penal*
- José Mendes Neto e Renato de Mello Jorge Silveira 13
- *Com a Palavra, o Estudante: A Violação das Correspondências dos Presidiários no Sistema Carcerário Brasileiro*
- Douglas Camarano de Castro 14

Caderno de Jurisprudência

- *O Direito Por Quem o Faz: Frente ao Desemprego que Assola o País, a Ausência de Prova de Ocupação Lícita não Pode Impedir a Concessão de Liberdade Provisória* 553
- *O Direito Por Quem o Faz: A Progressão de Regime de Cumprimento da Pena Deve Ser Regrada Pela Lei e Não Por Listas de Espera de Cunho Administrativo* 554
- *O Direito Por Quem o Faz: Trancamento da Ação Penal: Homicídio Culposo. Necessidade de Demonstrar, na Denúncia, o Vínculo Entre a Conduta do Acusado e o Resultado* 555
- *Supremo Tribunal Federal* 556
- *Superior Tribunal de Justiça* 557
- *Tribunal Regional Federal* 558
- *Tribunal de Justiça* 559
- *Tribunal de Alçada Criminal* 560

➔ os direitos humanos internacionalmente assegurados. Registre-se que o Brasil ratificou a Convenção Americana em 1992.

A petição já referida deu motivação à abertura do caso nº 12.293 perante a Comissão Interamericana. As notícias dão conta de que o Brasil já foi intimado e não há informação de sua eventual manifestação.

Em contrapartida, o Executivo Federal apresentou à Câmara dos Deputados, Projeto de Lei, de nº 4208/2001, que prevê, em seu art. 2º, a revogação expressa dos citados arts. 594 e 595 do CPP.

Cabe destacar que, em suas sugestões à Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, o IBCCRIM propôs igualmente a revogação dos mencionados dispositivos.

No pedido endereçado à Comissão, os peticionários pleitearam o processamento

do recurso no caso concreto e a condenação do Estado brasileiro a adequar suas normas internas à normatividade internacional mais benéfica, com recomendação de revogação expressa dos tais dispositivos do Código de Processo Penal brasileiro.

O andamento do caso e seu resultado serão acompanhados pelo IBCCRIM, que se tornará, por decisão de sua diretoria, co-peticionário da irrisignação levada por procuradores(as) do Estado, por advogados(as) e pelo CEJIL à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Vislumbra-se, desde logo, a potencialidade do caso em permitir avanços internos no regime de proteção dos direitos humanos. Esta é a maior contribuição que o uso do sistema internacional de proteção pode oferecer: propiciar progressos e avanços internos na proteção dos direitos humanos em um determinado Estado.

Primeiras Impressões Sobre a Lei nº 10.259 de 12 de Julho de 2001, Que Institui os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no Âmbito da Justiça Federal

FERNANDO TADEU CABRAL TEIXEIRA

A Constituição Federal de 1988, previu, em seu art. 98, inc. I, a criação, pela União e os Estados, dos Juizados Especiais Criminais, competentes para o julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, *in verbis*:

“Art. 98 A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau...”

Ficou, portanto, a cargo da legislação ordinária, a definição do que seriam as *infrações penais de menor potencial ofensivo*.

Somente com a entrada em vigor da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, é que o legislador ordinário conferiu eficácia ao comando emergente do art. 98, inc. I da CF/88.

A Lei dos Juizados Especiais Crimi-

nais, em seu art. 61, definiu, enfim, quais seriam as *infrações penais de menor potencial ofensivo, in verbis*:

“Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano, executados os casos em que a lei preveja procedimento especial.”

Com a publicação da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, mister, nesse momento, tecer algumas observações sobre o impacto com a legislação anterior.

De fato, a *novel* legislação possui apenas três dispositivos que se relacionam com o Juizado Especial Criminal, sendo que, desses três, apenas um artigo é especificamente relacionado com a matéria penal, merecendo portanto, maior detença.

De início, mister se faz a transcrição dos arts. 1º e 2º da Lei nº 10.259/2001:

“Art. 1º São instituídos os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, aos quais se aplica, no ➔

➡ *que não conflitar com esta lei, o disposto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.*

Art. 2º Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo.

Parágrafo único. *Consideram-se infrações penais 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*”.

Verifica-se, da leitura do parágrafo único do art. 2º acima transcrito, que a Lei nº 10.259/01 conceituou *infrações penais de menor potencial ofensivo*, de forma diversa e bem mais abrangente do que o conceito dado pelo art. 61, da Lei nº 9.099/95.

“...a novel legislação possui apenas três dispositivos que se relacionam com o Juizado Especial Criminal, sendo que, desses três, apenas um artigo é especificamente relacionado com a matéria penal, merecendo portanto, maior detença.”

Com a nova definição dada pelo legislador ordinário a *infrações penais de menor potencial ofensivo*, resta perquirir se continuaria em vigor o art. 61 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Acredito que não, ao menos em parte. O art. 2º, da Lei nº 10.259/01, por força do disposto no art. 109 da CF/88 não trata das contravenções penais, que estão afetas à competência da Justiça Estadual. Assim, entendo que o art. 61, da Lei nº 9.099/95 foi apenas derogado, uma vez que as contravenções penais continuam a ser consideradas *infrações penais de menor potencial ofensivo*, até por uma questão lógica, porém, no que pertine aos crimes, deverá ser invocada a nova definição dada pela Lei nº 10.259/2001, conceito bem mais abrangente que o anterior.

O primeiro argumento a ser invocado seria o art. 2º, § 1º, da LICC. Trata-se, no presente caso, de derrogação tácita, pois legislação posterior de mesmo nível hierárquico, conceitua, de forma diversa, a expressão *infrações penais de menor potencial ofensivo*.

Mas o argumento que acredito ser o mais contundente é o de que a convên-

cia de ambos os conceitos violaria o princípio da isonomia, insculpido no art. 5º da CF/88. É cediço que o princípio da isonomia impede que o legislador, na edição de atos normativos, crie tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Assim, a desigualdade na lei se produz quando uma norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas⁽¹⁾, ou a *contrário sensu* quando uma norma traz tratamentos diversos para fatos substancialmente iguais.

A título de exemplo imagine-se a hipótese do crime previsto no art. 329 do Código Penal. Neste caso, se o sujeito ativo pratica a conduta típica contra uma ordem oriunda de uma autoridade federal, poderia ser agraciado com o benefício da transação penal previsto no art. 76 da Lei nº 9.099/95. Agora, se a mesma conduta for praticada, só que desta vez, em detrimento de uma autoridade estadual somente seria possível a aplicação da Suspensão Condicional do Processo, prevista no art. 89, da Lei nº 9.099/95.

Ora, apenas pelo exemplo acima é possível verificar a grave afronta ao princípio da isonomia, pois para a mesma conduta típica, haveria dois tratamentos distintos, sem um motivo racional evidente.

Vale lembrar que a competência para julgar crimes será da Justiça Federal sempre que a conduta típica for praticada em detrimento dos entes elencados no art. 109, inc. IV da CF/88. Percebe-se, assim, que as condutas típicas são as mesmas, diferenciando apenas o sujeito passivo do crime, motivo que por si só não é suficiente para tratamentos tão distintos.

Ademais, interpretar-se de forma diversa (permitindo a convivência dos dois conceitos de *infrações penais de menor potencial ofensivo*) implicaria em afronta, também, a um princípio básico de filosofia. Estaríamos diante de uma grave afronta ao *princípio da identidade* segundo o qual é impossível que uma mesma coisa tenha naturezas diversas ou que seja ao mesmo tempo coisas diversas. Uma coisa não pode ao mesmo tempo, e do mesmo ponto de vista ser e não ser (princípio da não contradição), ou seja, uma coisa é ou não é, não existindo o meio termo (princípio do terço excluído)⁽²⁾. Desta forma, somente se pode admitir que as *infrações penais de menor potencial ofensivo* são aquelas cuja pena máxima seja inferior a dois anos, não havendo como admitir-se a prevalência de dois conceitos desiguais para a mesma coisa.

Por fim, o terceiro artigo, que apesar de não tratar de matéria estritamente penal, é relevante no presente contexto, é o art. 27 onde prevê uma *vacatio legis* de 6 meses.

Ora, em se tratando de lei penal mais benéfica, decorre não só do art. 5º, inc. XL

e § 1º, da Constituição Federal como também do próprio parágrafo único do art. 2º do Código Penal, que a nova legislação deverá ter aplicação imediata, até por uma questão de economia, pois, decorrido o prazo da *vacatio*, forçoso seria reconhecer, no caso, a retroatividade da lei mais benéfica. Aliás, essa questão já foi enfrentada quando da entrada em vigor da própria Lei nº 9.099/95, que em seu art. 90 estabelecia que referida lei não se aplicaria aos processos em andamento. Entender de forma diversa seria afrontar, mais uma vez, o princípio isonômico. Nesse sentido, **Américo A. Taipa de Carvalho** leciona que “o princípio da igualdade perante a lei exige que a nova lei

“...somente se pode admitir que as infrações penais de menor potencial ofensivo são aquelas cuja pena máxima seja inferior a dois anos, não havendo como admitir-se a prevalência de dois conceitos desiguais para a mesma coisa.”

penal mais favorável se aplique a todos aqueles infratores que da sua aplicação retroactiva ainda podem beneficiar e proíbe que se estabeleçam discriminações objectivas que excluam, injustificadamente, alguns dos destinatários da lex mitior do benefício da aplicação desta”⁽³⁾. Assim, o prazo de *vacatio* somente deve ter incidência com relação às normas puramente processuais, não tendo, portanto, aplicação quanto ao disposto no parágrafo único do art. 2º da lei em comento, pois trata-se, indiscutivelmente de norma de caráter puramente material, uma vez que amplia a gama de possibilidade de extinção da punibilidade.

NOTAS

(1) **MORAES, Alexandre de.** “Direito Constitucional”, 5ª ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 62.

(2) **ABBAGNANO, Nicola.** “Diccionario de Filosofia”, tradução: **Alfredo Galletti**, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1996, pp. 642/644.

(3) **CARVALHO, Américo A. Taipa de.** “Sucessão de Leis Penais”, Coimbra Ed., 1990, p. 104.

O autor é analista processual do Ministério Público Federal na Procuradoria da República em Ribeirão Preto/SP.


IBCCRIM
 INSTITUTO BRASILEIRO
 DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
 (IBCCRIM) FUNDADO EM 14-10-92

DIRETORIA DA GESTÃO 2001/2002

PRESIDENTE: Roberto Podval

1º VICE-PRESIDENTE: Alberto Silva Franco

2º VICE-PRESIDENTE: Adriano Salles Vanni

1º SECRETÁRIO: Geraldo Roberto de Souza

2º SECRETÁRIO: Cecília Souza Santos

3º SECRETÁRIO: Paola Zanelato

TESOUREIRO: Tatiana Viggiani Bicudo

TESOUREIRO-ADJUNTO: Mariângela Magalhães Gomes

DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECA: Sílvia Helena Furtado Martins, Adriana Haddad Uzum e Adilson Paulo Prudente do Amaral Filho

DEPARTAMENTO DE BOLETIM: Janaina Conceição Paschoal, Celso Eduardo Faria Coracini e Fernanda Velloso Teixeira

DEPARTAMENTO DE CURSOS: Marco Antonio Rodrigues Nahum, Fábio Delmanto, Flávia D'Urso Rocha Soares, Antonio Sergio A. Moraes Pitombo, Ana Lúcia Menezes Vieira, Cecília Souza Santos e Heloisa Estellita Salomão

DEPARTAMENTO DE ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS: Maurício Zanoide de Moraes, Adauto Suannes e Carlos Alberto Pires Mendes

DEPARTAMENTO DE INTERNET: Sergio Rosenthal, Rogério Marcolini e Renato de Mello Jorge Silveira

DEPARTAMENTO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS: Ana Paula Zomer, Ana Lúcia Sabadell e Mariângela Magalhães Gomes

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS: Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Cleunice Valentim Bastos Pitombo e Sylvia Helena de Figueiredo Steiner

NÚCLEO DE PESQUISAS: Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, Luci Gati Pietrocolla e Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer

Interrogatório Mediante Carta Precatória

PAULO HAMILTON SIQUEIRA JR.

O interrogatório, como ato de defesa pessoal, deve ser preservado para que tenha plena validade, ou seja, existe uma obrigação estatal em garantir a validade do referido ato, eliminando para tanto qualquer forma de coação. Dessa forma, devem ser proibidos métodos que ofendam a liberdade do acusado.

O lugar do interrogatório é um critério para se determinar o constrangimento do acusado e a ineficácia do seu direito de defesa. O art. 792 do Código de Processo Penal trata do lugar dos atos processuais ao dispor que *"as audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão na sede dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados"*. Por sua vez o § 2º, do mesmo artigo prevê exceção ao estabelecer que *"as audiências, as sessões e os atos processuais, em caso de necessidade, poderão realizar-se na residência do juiz, ou em outra casa por ele especialmente designada"*. O Código de Processo Penal estabelece também a possibilidade da realização do ato processual fora da sede do juízo, no caso de enfermidade do acusado, efetuando-se o ato no local onde se encontre, nos termos do art. 403 do mesmo diploma legal que dispõe que *"a demora determinada por doença do réu ou do defensor, ou outro motivo de força maior, não será computada nos prazos fixados no art. 401. No caso de enfermidade do réu, o juiz poderá transportar-se ao local onde ele se encontrar, aí procedendo à instrução. No caso de enfermidade do defensor, será ele substituído, definitivamente, ou para o só efeito do ato, na forma do art. 265, parágrafo único"*.

O estatuto processual penal estabeleceu como regra geral a realização dos atos processuais na sede do juízo, e como exceções, em caso de necessidade, na

residência do juiz ou em outra casa por ele designada e, em caso de enfermidade, no local onde se encontra o acusado.

Dessa forma, podemos concluir que o interrogatório deve ser realizado na sede do juízo ou na sede da circunscrição policial. Nesse prisma, de vislumbrar o interrogatório como garantia do acusado, cumpre analisar a possibilidade do interrogatório mediante Carta Precatória.

O art. 185 do Código de Processo Penal estabelece que o acusado será interrogado perante a autoridade judiciária. O estatuto processual não impõe a obrigatoriedade de que o interrogatório seja realizado pelo próprio juiz do feito ou não. Por sua vez, o art. 222 do Código de Processo Penal prevê expressamente a oitiva da testemunha mediante Carta Precatória, ao estabelecer que *"a testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes"*. No que tange ao interrogatório,

"... podemos concluir que o interrogatório deve ser realizado na sede do juízo ou na sede da circunscrição policial. Nesse prisma, de vislumbrar o interrogatório como garantia do acusado, cumpre analisar a possibilidade do interrogatório mediante Carta Precatória."

não existe disposição expressa autorizando ou proibindo a realização do aludido ato em outra comarca mediante Carta Precatória. **Luís Paulo Sirvinkas** observa que *"a lei não esclarece se o réu deve ser interrogado pelo próprio juízo do feito ou não. Diz, simplesmente, ser mister o interrogatório no curso do processo, por autoridade judicial, investida das garantias constitucionais"*⁽¹⁾.

O Código de Processo Penal apresenta a referida lacuna. Por intermédio do emprego da analogia para suprir a lacuna ora indicada, a doutrina tem admitido o interrogatório mediante Carta Precatória. Dessa forma, na disciplina do Código de Processo Penal nada impede que ocorra o interrogatório mediante Carta Precatória, tendo em vista a omissão legislativa e o fato do estatuto processual não consagrar o princí-

pio da identidade física do juiz. Nesse sentido, **Marco Antonio Marques da Silva** ensina que "a lei processual prevê a inquirição de testemunhas por meio de precatória, não vedando sejam os interrogatórios realizados por igual forma; a omissão da lei, neste passo, não significa, certamente, que a providência seja inadmissível também para aqueles atos, máxime se no processo criminal inexistir, ao menos por ora, a figura do juiz certo e se a expedição da carta para o interrogatório do acusado representa a solução mais prática e mais célere no desenvolvimento da causa"⁽²⁾.

"O interrogatório mediante Carta Precatória não é método desejável, sendo conveniente que o próprio juiz da causa realize o ato."

O interrogatório mediante Carta Precatória não é método desejável, sendo conveniente que o próprio juiz da causa realize o ato. **Luís Paulos Sirvinskaskas** salienta "a conveniência de o interrogatório ser realizado pelo próprio julgador da causa, vinculando-o desde o interrogatório, a fim de que possa melhor apreciar a demanda, em todas as suas nuances. Por outro lado, o Código de Processo Penal não consagra o princípio da identidade física do juiz, pelo qual o magistrado fica adstrito ao processo crime desde o momento da realização do interrogatório do acusado até decisão final"⁽³⁾. **Fernando da Costa Tourinho Filho** entende que "o interrogatório enseja ao magistrado tomar contato com aquele contra quem se propôs a ação penal, conhecendo-lhe a personalidade, ouvindo-lhe a confissão, suas escusas etc. É natural, pois, deva o Juiz, sempre que possível, interrogar o imputado, pois é ele quem vai julgá-lo"⁽⁴⁾.

Eduardo Espínola Filho, ao comentar o art. 185 do Código de Processo Penal, ressaltou a necessidade do contato direto entre o juiz da causa e o acusado: "a necessidade de o juiz ouvir o acusado, contra quem se move a ação penal é intuitiva, não só porque é o modo normal de verificar a autoridade da realidade de que vai defender-se, efetivamente, a pessoa a quem é imputada a infração penal como, ainda, porque, competindo ao juiz, segundo a expressa disposição do art. 42 do CP, determinar

a pena aplicável e fixar-lhe a quantidade, levada em consideração a personalidade do agente, é esse contato que lhe proporcionará elementos para controlar, conhecendo os pensamentos, as idéias e o modo por que os expõe o réu, a impressão que, acerca do caráter dele, lhe dêem as circunstâncias do fato e os antecedentes do seu autor"⁽⁵⁾.

Para **Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha**, "o interrogatório é um ato a ser realizado pelo juiz da causa, de forma que o acusado residente fora da comarca da acusação deve dirigir-se ao juízo de instrução para ser ouvido"⁽⁶⁾.

A regra geral é que o juiz da causa realize o interrogatório, sendo que **Marco Antonio Marques da Silva** ressaltava a necessidade da vinculação do juiz no processo penal⁽⁷⁾. Segundo nos parece, a citada inclusão é um instrumento indispensável à busca da verdade real. Mas, indubitavelmente, existem casos de exceção em que a inquirição por outro magistrado, detentor de competência para tanto, justifique a realização do interrogatório mediante Carta Precatória. Nesse sentido, o Superior Tribunal da Justiça já decidiu que "o interrogatório é meio de prova e de defesa. Ideal seria que sempre fosse tomado pelo Juiz processante. O Judiciário, no entanto, precisa ser realista. A extensão territorial do país impede o deslocamento de pessoas de uma comarca para outra. Some-se a isso o ônus das despesas. O Código de Processo Penal, além disso, não consagrou o princípio da identidade física do juiz. Em havendo necessidade, admissível se faz a renovação do ato pelo magistrado que prolatará a sentença. Admissível, pois, a tomada do interrogatório no juízo deprecado"⁽⁸⁾.

Paulo Édson Marques arrola três hipóteses significativas para a realização do interrogatório mediante carta precatória: "1. impossibilitado o réu, comprovadamente pobre, de comparecer ao juízo da causa, por lhe faltarem recursos materiais; 2. carente o Estado-membro, sem condições financeiras ou materiais de ordem outra que lhe possibilitem a apresentação do réu preso ao juiz requisitante; 3. doente o réu, em comarca diversa da do juiz da causa, sem pois, condições de comparecimento, ou cumprimento do art. 403 do CPP, o interrogatório haverá de se realizar por meio de carta precatória ao juízo em cuja jurisdição territorial se encontrar o réu"⁽⁹⁾.

Segundo nosso entendimento, o interrogatório mediante Carta Precatória é permitido, devendo ser realizado em casos de exceção. O interrogatório me-

dante Carta Precatória não é método desejável, sendo conveniente que o próprio juiz da causa realize o ato. Dessa forma, o acusado deveria ser citado ou intimado mediante precatória para a realização do ato no juízo competente. Caso não compareça ou não possa comparecer justificando a impossibilidade, deveria ser expedida nova precatória

"... existem casos de exceção em que a inquirição por outro magistrado, detentor de competência para tanto, justifique a realização do interrogatório mediante Carta Precatória"

para oitiva no juízo deprecado. Com a referida medida estaria garantida a possibilidade do contato direto com o juiz da causa.

NOTAS

- (1) **SIRVINSKAS, Luís Paulo**. "Interrogatório por Precatória", in RT 625/259.
- (2) **MARQUES DA SILVA, Marco Antonio**. "A Vinculação do Juiz no Processo Penal", São Paulo: Saraiva, 1993, p. 16.
- (3) **SIRVINSKAS, Luís Paulo**. "Interrogatório por Precatória", in RT 625/260-261.
- (4) **TOURINHO FILHO, Fernando da Costa**. "Processo Penal", v. 3, 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997.
- (5) **ESPÍNOLA FILHO, Eduardo**. "Código de Processo Penal Anotado", 6ª ed., v. II, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.
- (6) **ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo**. "Da Prova no Processo Penal", 5ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 1999.
- (7) **MARQUES DA SILVA, Marco Antonio**. "A Vinculação do Juiz no Processo Penal", São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 16-17: "Entendemos necessária a identidade física do juiz no campo penal, pois da mesma forma que existe no campo profissional civil, com maior razão se faz no campo processual penal. O juiz criminal faz a instrução do processo e tem contato pessoal com as partes, desde o interrogatório do acusado, passando pelas oitivas de testemunhas de acusação e de defesa, até a leitura final dos autos. O magistrado que não participou dos atos processuais, por mais cuidadoso e minucioso que seja, não terá jamais condições de avaliar como um todo o conjunto probatório".
- (8) STJ, C. Comp. n.º 3.164-2/SC, 3ª Seção, rel. min. **Luiz Vicente Cernicchiaro**, j. 18.03.93, in RT 709/381.
- (9) **MARQUES, Paulo Édson**. "O Interrogatório por Carta Precatória", in RT 536/266.

O autor é advogado em São Paulo, professor de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (Unifmu) e Faculdades Integradas de Guarulhos (FIG), professor de Direito por Concurso de Provas e Títulos do Centro Universitário Municipal de São Caetano do Sul - IMES e mestre em Direito pela PUC/SP.

La Policía en el Estado de Derecho Latinoamericano

TERESA MANSO PORTO



IBCCRIM
INSTITUTO BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
(IBCCRIM) FUNDADO EM 14-10-92

BOLETIM IBCCRIM

EDITORA DO BOLETIM: Janaina C. Paschoal

JORNALISTA: Gisele Vieira (MTb. 25.414)

CONSELHO EDITORIAL: Carlos Alberto Pires Mendes, Celeste Leite dos Santos Pereira Gomes, Celso Eduardo Faria Coracini, Cesar Matta Ide, Daniela Carvalho Almeida Costa, Eder Clai Ghizzi, Fábio Machado de Almeida Delmanto, Fernanda Velloso Teixeira, Helena Regina Lobo da Costa, Humberto Monteiro da Costa, Janaina C. Paschoal, Ludmila Vasconcelos Leite, Luiz Felipe Azevedo Fagundes, Maria Emília Nobre Bretan, Maria Fernanda Baptista Cepellos Daruiz, Mariângela Lopes Neistein, Mariângela Magalhães Gomes, Marina Pinhão Coelho, Paula Kahan Mandel, Renato de Melo Jorge Silveira, Renato Spaggiari, Rogério Marcolini e Vinícius Toledo Piza Peluso.

DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO, MONTAGEM E FOTOLITO:

Ameruso Artes Gráficas
Tel. (11) 215-3596 - Fax (11) 591-3999
E-mail: ameruso@uol.com.br

IMPRESSÃO: Marprint

TIRAGEM: 21.000 exemplares

"As opiniões expressas nos artigos publicados responsabilizam apenas seus autores e não representam, necessariamente, a opinião deste Instituto"

Correspondência: IBCCRIM
Rua XI de Agosto, 52 - 2º andar
CEP 01018-010 - S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3105-4607 (tronco-chave)
http: //www.ibccrim.com.br
e-mail: ibccrim@ibccrim.com.br

Hablar del papel que desempeña la policía como una de las instituciones claves del Estado de Derecho implica una reflexión acerca de dos aspectos que a menudo se consideran enfrentados: la necesidad una actuación policial eficaz y la de respeto a las garantías propias de un Estado de Derecho. Este discurso debería resultar sorprendente, pues, al igual que nos se pueden concebir policía y Estado de Derecho como instituciones ordenadas a fines distintos, la idea de un Estado de Derecho con una policía "eficaz" que no respete los derechos que el propio Estado concede a sus ciudadanos no es sino una contradicción en sí misma. La policía es más bien un indicador del modelo de Estado y cada Estado debe saber que modelo de Policía desea para sí. En el marco del proceso de democratización en latinoamérica y, fundamentalmente, del proceso de reforma de la justicia, se observan importantes cambios en cuanto a la concepción del proceso penal y de los principios por los que debe regirse. Pues bien, el éxito en la implementación de estas reformas puede estar condicionado a una revisión de la institución policial, pues, como es sabido, las actuaciones de la policía puede ejercer una influencia decisiva en el desarrollo del proceso penal.

I. El Instituto Max Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo (Alemania) ha iniciado un proyecto de investigación que tiene como objetivo realizar un análisis comparativo de la organización y funcionamiento de la policía en el Estado de Derecho latinoamericano⁽¹⁾. El proyecto enlaza con otro anterior, ya concluido, que se dedicó a analizar las reformas procesales en diferentes Estados de latinoamérica y que finalizó con un seminario de clausura celebrado del 30 al 31 de octubre de 2000 en Santiago de Chile⁽²⁾. Resultado del aquel primer proyecto, que contó también con el apoyo de la Fundación Konrad Adenauer, fue la publicación de un importante estudio comparado titulado "Las Reformas Procesales Penales en América Latina", Maier/Ambos/Woischnik (eds.), ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000. Durante la clausura de dicho proyecto se hizo hincapié en la idea de que los avances en la implantación de la necesaria reforma procesal podrían verse seriamente limitados si al mismo tiempo no se prestaba atención al modelo policial. Pues bien, éste será precisamente el

objetivo del nuevo proyecto presentado por el Max Planck (Kai Ambos, Teresa Manso), que cuenta ya con la participación de 13 países (Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Colombia, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela) y con el asesoramiento de expertos internacionales (Juan Luis Gómez Colomer, Castellón, España; Richard Vogler, Sussex, Reino Unido).

II. El primer evento importante en el desarrollo del proyecto ha sido el encuentro celebrado en São Paulo los días 31 de julio al 3 de agosto de 2001. Durante esos días han tenido lugar de forma paralela dos acontecimientos importantes. El primero ha sido la celebración de un Seminario Internacional de Derecho Procesal, auspiciado también por el Ministério Público do Estado de São Paulo y la Escuela Superior do Ministério Público, además de otras instituciones. El segundo, consistió en un *workshop* en el que los relatores nacionales, reunidos por vez primera, han podido someter a discusión los aspectos temáticos y organizativos más importantes de cara a su futuro desarrollo, tomando como base la primera propuesta de índice que se había difundido previamente a través de la página web del Instituto Max Planck. Si bien el seminario y el *workshop* se desarrollaron independientemente, ambas actividades constituyeron un complemento importante para los intervinientes.

III. El Seminario Internacional de Derecho Procesal, por su parte, dio ocasión de confrontar los aspectos más importantes de los modelos procesales continentales, anglosajones y de América Latina⁽³⁾. Ello motivó una enriquecedora discusión que, más allá de la exposición de los sistemas jurídicos propiamente y de las claves de un proceso de unificación, se extendió a analizar la implicación de las distintas realidades nacionales, tanto en el aspecto cultural como político-social e incluso histórico. Entre los temas abordados, en su mayoría de importancia crucial para el proyecto, se trataron cuestiones de actualidad como la investigación criminal y su control por parte del ministerio fiscal, los abusos en el empleo de la prisión preventiva, la participación popular en la administración de justicia y, finalmente, la evolución hacia formas de justicia consensuada. ➔

En cuanto a la labor policial de investigación, se criticaron los sistemas de varias policías sin una buena organización, y se estimó necesario mantener una unidad organizativa, si bien hubo opiniones dispares sobre las ventajas de un sistema con una "policía judicial", como existe en Francia, España o en parte de Alemania. Con respecto al control de dichas investigaciones por el ministerio fiscal, desde los modelos continentales se expresó preocupación ante la dominante posición que se ha surrogado de hecho la policía en la fase de diligencias previas y se discutieron diversas manifestaciones de este fenómeno, que empieza a conocerse ya como "policialización". Sin embargo, a pesar del acuerdo en la necesidad de intensificar la intervención del ministerio fiscal en la fase de investigación, no se ignoró el inconveniente que, en casos como el español, supone que éste, siendo un órgano jerarquizado y dependiente del gobierno, ejerza la doble función de investigar y ser parte en el proceso. En este punto concreto, se elogió el modelo de fiscal anglosajón. Pese a las críticas que suscita la falta de control de la policía, existen aún tendencias en este sentido, como la última reforma procesal en Alemania, que no hace sino revestir de cuerpo normativo lo que se estaba produciendo en la práctica, a saber, la extensión de las facultades de investigación de la policía — más allá de los que constituyen medidas coercitivas o de recorte de derechos fundamentales — a los actos generales de la policía.

Dentro de las medidas que implican un especial recorte de derechos fundamentales, se prestó especial atención a la prisión preventiva, expuesta desde el modelo peruano, inspirado a su vez en el alemán y en el código procesal tipo para latinoamérica. La prisión preventiva, que de conformidad con el art. 9.3 de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos debería tener un carácter excepcional, en la práctica es un recurso excesivamente frecuente. En el debate acerca de los criterios que deberían regir su utilización, se resaltó el peligro de entorpecimiento de la actividad procesal y se rechazaron otros como el aseguramiento de pruebas o la reiteración delictiva. Más allá, se aludió al propio establecimiento de penas privativas de libertad en el derecho material como factor de la problemática, lo que recordó la importancia de no separar excesivamente los aspectos materiales y procesales, por sus implicaciones recíprocas.

Por su parte, las propuestas en favor de una mayor intervención popular en la justicia a través del establecimiento de jueces escabinos o de jueces legos desen-

cadenó posturas encontradas. Algunos valoraron el efecto de desburocratización y de reforzamiento de la legitimidad de la justicia. Otros destacaron aspectos negativos como la falta de preparación o el escaso interés de los ciudadanos. Esto último fue desmentido según los datos de que se dispone en Venezuela, donde la favorable respuesta popular contradujo todos los pronósticos.

"En las discusiones del seminario se reiteraron al menos dos aspectos: en primer lugar, que no existen sistemas puros ni fórmulas mágicas, de manera que lo importante de cada sistema es que funcione y, en segundo lugar, que toda propuesta de cambio no puede prosperar sin un cambio de mentalidad de los sujetos implicados."

A pesar del esfuerzo de autocritica por parte de los sistemas continentales, la acogida hacia nuevas formas de justicia consensuada, más características de los modelos anglosajones, fue algo limitada, aún cuando éstas (concretamente el *chargefact* y *plea bargain*) parecen funcionar con éxito, especialmente en Inglaterra. En las discusiones del seminario se reiteraron al menos dos aspectos: en primer lugar, que no existen sistemas puros ni fórmulas mágicas, de manera que lo importante de cada sistema es que funcione y, en segundo lugar, que toda propuesta de cambio no puede prosperar sin un cambio de mentalidad de los sujetos implicados.

IV. Las reuniones en el *workshop*, que tenían como objetivo la discusión directa entre los relatores de países latinoamericanos de cara al futuro desenvolvimiento del proyecto, ofrecieron un amplio panorama de las particularidades concretas de cada país, que deberán encontrar su reflejo en cada informe nacional, sin que el resultado del proyecto pierda su unidad. Así, países como Ecuador, se encuentran en fase de implementación del sistema acusatorio, por lo que faltan datos empíricos al respecto. Algunos, como Guatemala, destacan la fuerte influencia de aspectos históricos, fundamentalmente la transición de la

dictadura, en los problemas que presenta configuración actual, mientras que otros (Argentina) darían mayor importancia al contexto actual de crisis económica y moral. En países como Venezuela, se vive en cambio un movimiento de contrarreforma, si bien las transformaciones en lo político y lo jurídico contrastan con la "inalterabilidad" de las estructuras policiales. La discusión de estos y otros aspectos, siempre orientada a los objetivos del proyecto, fue modificando día a día el índice de temas hasta que se alcanzó un consenso definitivo. Durante tres días de intenso trabajo, se discutieron los aspectos de la organización policial y de sus funciones en la prevención y represión del delito que debían tratarse y también el modo en que las informaciones empíricas deberían integrarse en el análisis. Se acordó que las conclusiones del trabajo y, en especial, la identificación de los problemas más relevantes, debían ir acompañadas necesariamente de las recomendaciones que se estimen convenientes y, en su caso, de su posible viabilidad, sí bien la utilidad concreta de la investigación estaría más bien en función de las intenciones del propio lector. Finalmente, en cuanto a la metodología de la investigación, se resaltó que el proyecto ha de ser el inicio de un proceso de reflexión doméstica y que sería deseable poder implicar en el proyecto equipos de trabajo de otras instituciones o fundaciones regionales, nacionales o internacionales⁽¹⁾. Esta "descentralización" no irá en perjuicio del apoyo recíproco y del intercambio de informaciones e inquietudes. En este sentido, el Instituto Max Planck mantendrá una página web actualizada del proyecto, a través de la cual los relatores podrán también recibir o facilitar datos, estadísticas, informes, etc. El proyecto espera concluir a comienzos de 2003.

NOTAS

- (1) Toda la información relativa al proyecto puede consultarse en lengua española en la página web del Instituto Max Planck bajo la dirección http://www.juscrim.mpg.de/de/forsch/straf/projekte/ambos3_es.html
- (2) Para más información cfr. <http://www.juscrim.mpg.de/de/forsch/straf/projekte/ambos.html>
- (3) Las ponencias presentadas en el seminario serán publicadas próximamente en la *Revista de la Escuela do Ministério Público de São Paulo*.
- (4) El proyecto cuenta ya con el apoyo de la Fundación Friedrich Ebert en Colombia, Guatemala y El Salvador, así como de la Sociedad para la Cooperación Técnica (GTZ) en Paraguay.

A autora é assistente científica do Instituto Max Planck de Friburgo (Alemanha).

FÓRUM JURÍDICO DE DIREITO PENAL

O IBCCRIM em parceria com a Pontifícia Univ. Católica de Minas Gerais, em Poços de Caldas, realizará o *Fórum Jurídico de Direito Penal e Processo Penal - "Homenagem ao Dr. Alberto Silva Franco"*

Programação

14/09/01 - sexta-feira - 19:00 horas

Abertura: prof. **Marco Antonio Geiger França Correa**

Palestra: *"Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal"* prof. dra. **Alice Bianchini**

Palestra: *"Os Princípios Processuais Penais na Constituição"* prof. dr. **Maurício Zanoide de Moraes**

15/09/01 - sábado - 08:30 horas

Palestra: *"O Judiciário e o Juiz Brasileiro no Início do Terceiro Milênio"*

dr. **Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior**

Palestra: *"Globalização - Um Olhar Sociológico- Jurídico-Penal"* dr. **Alberto Silva Franco**

Local: Auditório de Prédio II - PUC/MG Campus Poços de Caldas

Informações: (35) 3697-3000 e 3697-3074

PALESTRAS - I

O IBCCRIM em parceria com a UNAERP - Univ. de Ribeirão Preto - realizará nos meses de setembro e outubro dois ciclos de palestras em Ribeirão Preto.

04/09 - *Influência da Imprensa na Justiça Penal* (dra. **Heloísa Estellita Salomão**)

05/09 - *Aspectos Penais e Processuais Penais da Lei de Imprensa* (dr. **Antônio Ruiz Filho**)

18/10 - *Princípio da Presunção de Inocência* (dr. **Luiz Augusto Freire Teotônio**)

19/10 - *Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa* (dra. **Cleunice Valentim Bastos Pitombo**)

Datas: 4 e 5 de setembro / 18 e 19 de outubro

Horário: 19:30 h

Informações: (16) 603-6742

TÍTULO DE DOUTOR

O IBCCRIM parabeniza **Angelo Roberto Ilha da Silva** e **Renato de Mello Jorge Silveira** pelo título de doutor em Direito Penal obtido junto à Universidade de São Paulo.

Da Necessidade de Separação: Autos do Inquérito X Autos do Processo

ALEXANDRE BIZZOTTO

A Constituição Federal de 1988 é um marco para o florescimento de anseios de se construir uma sociedade consubstanciada pelo respeito às garantias do cidadão, no qual o ser humano é o propósito e o fim de todo ato estatal. Veio o Texto Constitucional a romper faticamente e juridicamente com um sistema jurídico eivado pela ideologia totalitária da segurança nacional que imperou através de imposição do regime militar.

Neste contexto, não são poucos os institutos jurídicos abrangidos em normas infraconstitucionais que através da sedimentação dos princípios constitucionais - da dignidade da pessoa humana, do contraditório, da ampla defesa, do devido processo penal, da imprestabilidade das provas ilícitas, da não — culpabilidade, da motivação das decisões e da publicidade entre outras — necessitam receber nova dimensão através do engendramento de roupagem garantista. É o caso do inquérito policial, instrumento que tem a finalidade de propiciar a formação da *opinio delicti* ao sujeito processual acusação.

Pela sistemática do Código de Processo Penal, criado em período de exceção e fomentada a sua aplicação despida de valorações críticas por aqueles que acreditam na filosofia da lei e da ordem, no inquérito, a pessoa humana tem a qualidade de objeto de investigação, não tendo a possibilidade de atuar na condição de ser humano com todas as suas inerentes prerrogativas. Defendem o sigilo e o arbítrio unilateral das investigações em todas as suas matizes como se ela fosse uma espécie de tumba indevassável de sagrada reverência. Mesmo após a Constituição, boa parte da doutrina e da jurisprudência persiste em tal posição, seja por consciente intenção, seja pela ausência da valoração crítica.

Emerge no percurso garantidor a indagação do porquê da prática constante e pacífica dos juízes, em suas atividades funcionais, de, após o oferecimento da peça inicial acusatória, mandar atuar em ordem inicial a denúncia (ou a queixa-crime) e após os autos de inquérito, mandando renumerar as folhas para a adaptação aos autos do processo. Este ato de aparente singeleza traz implícitas consequências que não podem ser admitidas por um juiz compromissado com o Estado Democrático de Direito. O inquérito, aos moldes do Código de Processo Penal, infringe o âmago de inúmeros princípios constitucionais garantidores.

Tratar o ser humano, em qualquer situação que seja como objeto, atenta frontalmente a sua dignidade, pois a sociedade

somente encontra justificativa no próprio ser humano e o respeito às suas expectativas. Também há flagrante violação no seio do inquérito ao princípio do contraditório representado pelo binômio ciência-participação. Como procedimento administrativo que é, os autos de investigação teriam que propiciar conhecimento dos seus atos ao ser humano investigado bem como facultar a participação ativa na produção das provas. Insere-se nesta participação a atuação da ampla defesa. Por outro lado, afirma-se que o inquérito para efeito da formação de cognição judicial exauriente condenatória é prova ilícita, pois *"A formação da opinio delicti contém juízo valorativo indiciário. Para se chegar a uma gradação condenatória, o inquérito é agente estranho. Condenação pressupõe a ampla defesa constitucional. Condenação pressupõe a constitucional dignidade da pessoa humana. Condenação pressupõe a não-culpabilidade, não afeta à parcialidade do inquérito"*⁽¹⁾. Lembra-se ainda que a realização dos atos do inquérito não são acompanhados da devida publicidade dos atos Estatais.

Permitir a justaposição da peça acusatória aos autos do inquérito policial e produzir as provas da relação processual, juntando-as após as peças inquisitivas é coadunar com um sistema perverso, injusto e que se busca ultrapassar. As saudáveis garantias constitucionais conquistadas historicamente acabam por ser contaminadas. Como aceitar que atos sem a real atenção aos ditames constitucionais possam dividir a cena gloriosa do exercício democrático da prestação jurisdicional? O amálgama do inquérito com os atos judiciais é espúrio. São institutos que em suas essências se repelem. Mesmo que alguns princípios constitucionais possam ser modernamente utilizados em sede do inquérito, o vício fundamental perdura. A atual promiscuidade apenas beneficia a concepção autoritária de tempos que o país quer esquecer. Dá força ao inquérito, na medida em que empresta a legitimidade da relação processual. Os partícipes desta relação são cabalmente influenciados pelo que foi colhido no inquérito, pois ao manusear os autos do processo acabam por tomar contato com a peça investigativa. Há velada atuação autoritária e clara destruição das garantias constitucionais. A mudança de orientação e respectiva realização é premente.

Em exame ao Código de Processo Penal, não é encontrado qualquer dispositivo legal determinando que a atuação do início da segunda fase da

➔ perseguição penal seja feita nos mesmos autos do inquérito. O juiz, ao tomar contato com a peça acusatória, deve determinar somente a autuação da ação penal, e quando necessário, do exame de corpo de delito realizado na fase investigativa. Este, embora produzido no momento temporal da duração do inquérito, é ato jurídico realizado por sujeitos auxiliares do Juízo, causando modificação na relação processual. Neste caso, o juiz determina que tal exame seja retirado dos autos do inquérito e autuado junto com a peça inicial da acusação. Poder-se-ia objetar que a autuação traria percalços para a produção de provas na busca da verdade real, pois retiraria do sujeito processual acusação a possibilidade de conhecer o que poderia apurar com as testemunhas já

ouvidas inquisitoriamente, entretanto, basta que os autos do inquérito sejam apensados. Não é o ideal, porém é uma solução conciliatória. O ideal seria retirar o inquérito, deixando o mesmo com a acusação conforme orientação do Código Modelo Ibero-Americano.

Na caminhada democrática, os operadores do Direito não podem se deixar levar pelos clamores momentâneos do aumento da criminalidade, resultado de uma política governamental pautada no alicerce dos privilégios das classes dominantes e a fatal consequência do aumento da pobreza e do desemprego. A defesa do garantismo é uma das saídas para a preservação da democracia e escudo para soluções fáceis e enganosas. A separação física dos autos do inquérito dos autos proces-

suais é sugestão ligada às garantias constitucionais. Como bem diz o poeta: "A gente vai contra a corrente até não poder resistir. Na volta do barco é que sente o tanto que deixou de cumprir"⁽²⁾. A esperança é que aqueles compromissados com a Constituição e seus valores amanhã não olhem para trás e percebam que tudo foi em vão!

NOTAS

- (1) BIZZOTTO, Alexandre e RODRIGUES, Andreia de Brito. "Processo Penal Garantista", AB Editora, 1998, p. 65.
(2) HOLLANDA, Chico Buarque, "Roda Vida", 1967.

O autor é juiz de Direito da 4ª Vara Criminal de Rio Verde (GO).

A Verdade Processual em Ferrajoli

ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ

"La certeza perseguida por el derecho penal máximo está en que ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de que también algún inocente pueda ser castigado. La certeza perseguida por el derecho penal mínimo está, al contrario, en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune"

A Teoria do Garantismo Penal, professada pelo jus-filósofo italiano Luigi Ferrajoli, é, como se anota no prólogo de sua obra-mor, "Diritto e ragione" (traduzido para o espanhol - "Derecho y Razón", Ed. Trotta) fruto "de una larga e apasionada reflexión nutrida de estudios filosóficos e históricos sobre los ideales morales que inspiran o deberían inspirar el derecho de las naciones civilizadas", e tem como objetivo principal construir um modelo ideal, possível apenas por aproximação, em que se assegurem mecanismos de proteção da liberdade humana frente ao eventual exercício arbitrário do poder pelo Estado.

Logo no início de seu tratado, Ferrajoli contrapõe ao modelo garantista os modelos autoritários, em que prevalece uma visão substancialista do desvio penalmente relevante, e de onde nasce um direito penal voltado mais para a punição do delinquente, "de cuya maldad o antisocialidad el delito es visto como una manifestación contingente", do que propriamente para a definição de condu-

tas penalmente ilícitas e suas respectivas sanções. A história mostra que nesses modelos antigarantistas o princípio da estrita legalidade é posto de lado, já que a ênfase é punir nem tanto pelo que se fez, mas sobretudo pelo que se é.

"Um dos grandes perigos dos modelos substancialistas de Direito Penal é o de que, em nome de uma fundamentação metajurídica (predominantemente de cunho moral ou social), se permita um incontrolado subjetivismo judicial na determinação em concreto do desvio punível."

A oposição entre garantismo e autoritarismo corresponde à alternativa entre duas epistemologias judiciais distintas: "entre cognoscitivismo y decisionismo, entre comprobación y valoración, entre prueba e inquisición, entre razón y voluntad, entre verdad y potestad".

Um dos grandes perigos dos modelos substancialistas de Direito Penal é o de que, em nome de uma fundamentação metajurídica (predominantemente de

cunho moral ou social), se permita um incontrolado subjetivismo judicial na determinação em concreto do desvio punível. Daí porque a verdade a que aspira esse modelo é a chamada "verdade substancial ou material", ou seja, uma verdade absoluta, carente de limites, não sujeita a regras procedimentais e infensa a ponderações axiológicas, o que, portanto, degenera em julgamentos privados de legitimidade, face à ausência de apoio ético no modo-de-ser do processo.

Em uma visão garantista, ao reverso, busca-se uma verdade processual onde a reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo sujeita-se a regras precisas, que assegurem às partes um maior controle sobre a atividade jurisdicional.

É inevitável que, diante de tais limitações, o conteúdo informativo de um processo criminal pautado pelo modelo garantista seja inferior ao reproduzido em um modelo autoritário. A busca incondicional e absoluta da verdade real é, então, colocada em crise, porquanto: a) o objeto do juízo se adstringe ao conteúdo da narrativa acusatória; b) a verdade alcançada deve estar corroborada por provas colhidas mediante regras e procedimentos normativamente pré-estabelecidos; c) trata-se sempre de uma verdade somente provável e d) diante da dúvida ou na falta da prova dos fatos sobre os quais assenta a acusação, prevalece a presunção de não culpabilidade. Eis o preço que se paga por um modelo em que importam não apenas os fins da jurisdição penal mas ➔

II SEMINÁRIO DE DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO

Realizado pelo IBCCRIM em parceria com a Academia Brasileira de Direito Tributário (ABDT), o evento tratará de dois temas centrais:

A Nova Lei de Crimes Previdenciários e Os Crimes Contra a Ordem Tributária, que serão abordados pelos palestrantes **Vicente Greco Filho, Sérgio Rosenthal, Luiz Vicente Cernicchiaro e Zelmo Denari**.

Data: 17 e 18 de setembro 2001

Local: Transamérica Flat International Plaza
Al. Santos, 981 - Jardins
São Paulo - SP.

Horário: das 19 às 22 horas

Informações e Inscrições:
IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Depto. de Comunicação e Marketing
Rua XI de Agosto, 52 - 5º andar
São Paulo - SP

Tels.: (11) 3105-4607 e 3105-0109

E-mail: marketing@ibccrim.com.br
Será conferido certificado de participação com carga horária.

PALESTRAS - II

O IBCCRIM estará presente na UEL- Universidade de Londrina - PR, em palestra proferida pelo diretor do IBCCRIM, dr. **Marco Antonio Rodrigues Nahum**, sobre o tema: *"Princípio da Legalidade"*, no dia 20 de setembro às 19:00 horas.

Informações:

Depto. Comunicação e Marketing
Tel.: (11) 3105-4607

E-mail:
marketing@ibccrim.com.br

ERRATA:

Retificamos o nome do dr. **Tadeu Dix** que foi publicado na última edição do *Boletim*.

em que também se confere atenção aos meios para se atingi-los.

De outra parte, um dos maiores problemas da atividade jurisdicional na busca da verdade dos fatos que lhe são submetidos a julgamento reside na impossibilidade de ser alcançada uma verdade certa, objetiva e absoluta, sendo mais razoável afirmar que dela podemos apenas nos aproximar, tanto através de processos indutivos (verdade fática) quanto dedutivos (verdade jurídica).

No tocante à matéria de fato, é inalcançável a verdade absoluta e total, não somente porque nem tudo o que está no mundo fenomênico está retratado nos autos, mas também porque o juiz não é testemunha ocular dos fatos, sendo a eles conduzido a partir dos "signos de lo pasado" aportados por documentos, declarações, informes etc. No que pertine à matéria de direito, a verdade também não é absoluta na medida em que as premissas sobre as quais se funda o raciocínio jurídico vez por outra são incertas (como o "perigo de vida", as incapacidades para as "ocupações habituais" ou, acrescentaríamos nós, o "pequeno valor"), como também vagas e problemáticas (como o motivo "fútil", ou a mulher "honesta").

Não é só isso. Além do caráter probabilístico da verdade fática e da incerteza da verdade jurídica, há de considerar-se, na visão de **Ferrajoli**, o subjetivismo do conhecimento judicial como fator determinante da relatividade da idéia de verdade processual. Isso porque o juiz encontra-se sempre condicionado ao meio ambiente em que atua, aos seus sentimentos pessoais, às suas inclinações e emoções, ao seu meio social e cultural e aos seus valores ético-políticos, fatores que lhe retiram a neutralidade para julgar (que não se identifica com a sua imparcialidade, esta sim indispensável para a legitimidade da jurisdição), a qual muitos, ingenuamente, acreditam ser atributo inerente à Magistratura.

À subjetividade judicial deve-se so-

mar também a subjetividade das fontes de provas, as quais, em sua produção judicial através das perícias, testemunhos, interrogatórios, etc., perdem sua fidelidade, notadamente nos sistemas processuais não regidos pela oralidade, onde a transcrição dos argumentos e declarações orais não traduz com exatidão o conhecimento direto ou indireto da fonte de prova.

Por fim, há um quarto fator de limitação da verdade, relativa aos limites da prova: Conquanto se adote, nos ordenamentos atuais, o princípio da livre investigação da prova, o juiz vincula-se a regras que encontram justificativa em razões de cunho epistemológico ou processual (número máximo de testemu-

nhas, prazos preclusivos, etc.) ou político (proibição de provas ilícitas), bem como a princípios de política criminal (*in dubio pro reo*, presunção de inocência, imutabilidade da coisa julgada).

Essas limitações tornam, decerto, mais onerosa a tarefa do Estado em oferecer um Direito Penal que responda, com maior eficiência, aos anseios punitivos da maioria da população. No entanto, o direito penal não se legitima pela vontade da maioria, como anota **Ferrajoli**, mas pela tradição pós-iluminista sedimen-

tada nas cartas políticas dos povos modernos e nos documentos de regência transnacional.

Cabe ao garantismo penal a tarefa de propor regras de aplicação das leis de forma tal a reduzir ao máximo a possibilidade do erro e do arbítrio. O seu grande desafio, portanto, é elaborar essas regras e técnicas no plano teórico, fazê-las vinculantes no plano normativo e assegurar sua efetividade no plano prático.

O autor é promotor de Justiça do DF, mestrando em Processo Penal na USP e professor de Direito Processual Penal na Escola Superior do MPDFT.

Execução Penal Provisória

RODRIGO CENZI RIBEIRO DE MENDONÇA

Não há qualquer legislação que verse sobre a execução provisória de sentença penal. Atualmente encontra-se ela regulada pelo Provimento nº 653/99 do Conselho Superior da Magistratura.

A idéia em que se institui a execução provisória advém do parágrafo único do art. 2º, da Lei nº 7.210/84, que determina que todos os direitos previstos naquela legislação são aplicados também aos presos provisórios.

De fato, nos parece absurdo que um condenado definitivo tenha direito a uma série de benefícios, tais como progressão de regime, comutação da pena, remição, detração, livramento condicional, enquanto o preso provisório, cuja responsabilidade penal ainda nem sequer foi reconhecida, não tenha acesso a estes mesmos benefícios.

Entretanto, a Constituição Federal estabelece o princípio constitucional do estado de inocência, segundo o qual o acusado não pode iniciar o cumprimento da pena sem que tenha sido declarado culpado por sentença condenatória irrecorrível (art. 5º, LVII, da CF). Veda, portanto, de forma expressa, a execução provisória de decisão penal não transitada em julgado.

Atento a realidade, verificou-se que diversos réus deixavam de interpor recursos contra a sentença condenatória, unicamente para poder usufruir dos benefícios previstos pela Lei de Execuções Penais, tendo em vista a demora no trâmite das apelações perante os nossos tribunais. Nesse sentido, nos parece louvável a previsão da execução provisória.

Mas essa realidade fática não altera a garantia fundamental da presunção de inocência, sendo patente a inconstitucionalidade do provimento que institui a execução penal provisória.

Procurando adequar o provimento ao texto constitucional, o juiz do Tribunal de Alçada Criminal **Walter Swesson** aduz que a carta de guia, em casos de execução provisória, não pode ser expedida de ofício pelo juiz criminal, mas somente a pedido do réu:

"Cabe ao réu pleitear seja em primeira instância, seja em segundo grau de jurisdição ou até perante os Tribunais Superiores, as providências necessárias para a instauração da execução provisória. É que milita em favor do réu que não tenha sido definitivamente condenado a presunção constitucional de inocência (art. 5º, LVII, da CF). Cabe, pois ao réu verificar, naquele caso concreto, da conveniência, para o fim de pleitear a execução provisó-

ria de pena corporal que lhe foi imposta por sentença pendente de recurso (e apenas para tal fim), pedir que tal presunção seja desconsiderada" ("Execução Penal - Visão do TACrim-SP", Ed. Oliveira Mendes, São Paulo, 1998, p. 221).

Esta solução é bastante apropriada do ponto de vista prático, todavia, não nos parece ser conferida ao réu a possibilidade de dispor livremente de uma garantia constitucional, a ponto de pedir que seja ela desconsiderada em determinado caso, e aceite em outros. A segurança jurídica do texto constitucional estaria sendo seriamente abalada nesta hipótese.

"...nos parece absurdo que um condenado definitivo tenha direito a uma série de benefícios, tais como progressão de regime, comutação da pena, remição, detração, livramento condicional, enquanto o preso provisório, cuja responsabilidade penal ainda nem sequer foi reconhecida, não tenha acesso a estes mesmos benefícios."

É certo que, via de regra, a execução provisória vem em benefício do réu, que se encontra preso provisoriamente no aguardo do julgamento de sua apelação ou dos demais recursos por ele interpostos. Mas ainda assim ela traz uma série de problemas, cuja solução é bastante delicada e, ao final, pode até implicar em prejuízo ao réu.

Há casos em que a sentença condenatória transita em julgado para a defesa, mas não para a acusação, que interpõe recurso e pede a execução provisória da pena ao condenado. Não há, em tese, nada no texto do provimento que impeça o Ministério Público de assim proceder.

A única ressalva que faz o provimento é que o condenado esteja preso provisoriamente, logo, se não estiver preso, a execução provisória não pode ser aplicada a ponto de levá-lo ao cárcere antes de transitada a sentença condenatória.

Por outro lado, o entendimento juris-

prudencial considerou que a execução provisória não pode ser aceita enquanto a sentença não é definitiva para a acusação. Aqui cria-se uma hipótese absolutamente incompatível: o condenado cuja sentença transitou em julgado para acusação, restando apenas o recurso da defesa, pode ter sua pena executada provisoriamente e acesso a todos os benefícios legais. No entanto, quando a sentença ainda se encontra pendente de recurso de ambas as partes esse condenado não tem direito à execução provisória. Ou seja, azar desse último que permanecerá preso unicamente porque o Ministério Público resolveu interpor recurso contra a sentença condenatória.

Diante dessas considerações, e de tantos outros problemas que certamente surgirão, temos restrições quanto a aplicação de um provimento flagrantemente inconstitucional, ainda que seu intuito seja o de beneficiar o condenado, reconhecendo a demora no processamento de seus recursos perante nossos tribunais.

Ao que tudo indica, o Provimento nº 653/99 reconheceu um grave problema que preocupa todos os profissionais militantes na área criminal: a demora de nossos tribunais no julgamento de recursos de réus presos. Todavia, na busca de soluções para esta triste realidade, editou um provimento cuja intenção é louvável, mas o texto é inconstitucional.

O ideal seria que fossem instituídos provimentos com escopo de agilizar o trâmite de processos com réu preso, ou que os tribunais ampliassem o número de juízes a fim de oferecer a prestação jurisdicional em prazos adequados. Tais providências podem soar como utopia para alguns, tendo em vista os infinitos problemas que assolam o nosso Poder Judiciário, mas, pelo menos, não violam o texto constitucional.

A partir do momento que se aceita um provimento absolutamente contrário à Carta Magna, unicamente porque parece ser ele adequado à realidade fática, nada obsta que venhamos a aceitar uma medida provisória que restringe o uso do Código de Defesa do Consumidor, ou estabeleça taxas absurdas e cortes de energia, tão somente em face dessa mesma realidade. Nesta hipótese, melhor seria rasgar a Constituição ou modificá-la toda vez que for conveniente; afinal, para que serve a segurança jurídica de nossos direitos e garantias fundamentais?

O autor é advogado em São Paulo.

Servir Bebida Alcoólica a Menor de 18 Anos é Contravenção Penal

SIDNEY JUAREZ ALONSO

V CONCURSO DE MONOGRAFIAS DO IBCCRIM

A monografia declarada vencedora foi: *"Aspectos Jurídico-Penais da Eutanásia"*, de **Gisele Mendes de Carvalho**, mestranda em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá - PR.

CURSO

O **Centro de Estudos Ibero-Americano de Ciências Penais - CEIP** - promoverá o curso: *"Imputação Objetiva no Direito Penal"*.
Local: Escola Superior da Magistratura - AJURIS - Porto Alegre - RS
Data: 25 a 28 de setembro
Informações: (51) 3333-5514
E-mail: ceipbr@yahoo.com.br
As vagas são limitadas e os associados do IBCCRIM têm preferência na inscrição.

CONGRESSOS

XIII Congresso Latino-Americano, V Ibero-Americano e I do Mercosul de Direito Penal e Criminologia.
Data: de 13 a 16 de setembro
Local: Guarujá, SP
Informações: (11) 4586-2005 e 4521-0575
www.persondesign.com.br/congressopenal

NOVIDADE PARA O ASSOCIADO

Os sócios efetivos do IBCCRIM receberão, a partir desse mês, seu cartão de identificação personalizado.

Recebemos o *Boletim IBCCRIM* nº 104, de julho de 2001 e, entre as matérias publicadas, uma delas nos chamou a atenção em razão do grande número de ocorrências com que nos deparamos no nosso cotidiano. Tal matéria, escrita pelo nobre procurador de Justiça de Goiás, defende a revogação tácita da contravenção prevista no art. 63, inc. I, da LCP, pelo art. 243 do ECA.

Tal interpretação, no âmbito da Polícia Judiciária, tem fundamental importância, na medida em que obriga o delegado de Polícia a decidir, no calor dos fatos, se atua em flagrante aquele que vendeu ou serviu bebida alcoólica ao menor, entendendo que o art. 243 do ECA revogou a contravenção penal ou, se entender o contrário, apenas lavra um termo circunstanciado e dispensa as partes.

A revogação tácita da contravenção penal defendida pelo jurista tem como argumento o fato de o art. 243 do ECA ser um tipo penal aberto, que não se confunde com uma norma penal em branco, como ocorre com a Lei nº 6.368/76, cujo tipo penal deve ser interpretado em conformidade com a Portaria do SNFMM.

Ouso discordar desta tese.

É certo que o art. 243 do ECA não é norma penal em branco, contudo, temos que entender também que o legislador não deve inserir no texto legal expressões inúteis, que não devam ser interpretadas à luz do interesse jurídico que se pretende buscar no momento político por que passa a criação ou modificação de determinada lei.

Se analisarmos o texto do art. 243 do ECA com o texto do art. 81 do mesmo estatuto, verificamos que o legislador, por questão de política criminal, fez questão de deixar de fora do rol das substâncias que causam dependência física, a bebida alcoólica. Ao tratar da prevenção, o legislador excluiu do campo penal as infrações relacionadas à bebida alcoólica, deixando sua punição na esfera administrativa, conforme dispõe o art. 73 do ECA. Ao enumerar no art. 81 do ECA os produtos e serviços proibidos à criança e ao adolescente, o legislador foi taxativo, relacionando entre eles, além da bebida alcoólica, também *"os produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida"*.

Ao tratar do mesmo tema no campo penal, o legislador transportou para o

art. 243 o mesmo texto que inseriu no inc. III do art. 81, excluindo o item II que trata da bebida alcoólica. Ora, se ele quisesse dar à bebida alcoólica o mesmo tratamento, teria agido com a mesma taxatividade, incluindo-a no texto penal, aliás, como fez no art. 244, onde também transportou para o campo penal o texto do inc. IV do art. 81 (venda de fogos de artifícios). Por outro lado, se ele não tivesse a nítida vontade de distinguir a bebida alcoólica das demais substâncias que causam dependência física ou psíquica, por que iria designar no art. 81 um item próprio? Bastaria manter o texto do inc. III, cuja generalização levaria à sua interpretação e, por via de consequência, a bebida alcoólica seria incluída entre os produtos cujos componentes causam dependência, pois não temos nenhuma dúvida quanto à potencialidade lesiva do álcool. Talvez justamente por querer tratar o alcoolismo como doença e não como problema de polícia é que o legislador quis deixar de fora a venda de bebida alcoólica a menores, mantendo tal conduta apenas na esfera administrativa e no campo da contravenção penal.

Creio que, ao criar o tipo penal no art. 243, o legislador tinha em mente coibir a venda de cola de sapateiro, éter, medicamentos e outras drogas que não estão relacionadas na Portaria do SNFMM, pois estas seriam tratadas pela Lei nº 6.368/76 em face da remissão *"...se o fato não constitui crime mais grave"*. Se os produtos estiverem relacionados na portaria, o autor responderá por tráfico de substância entorpecente, crime muito mais grave do que aquele previsto no ECA.

Isto posto, partindo do princípio de que a lei não deve conter "letra morta", temos que entender que o legislador, ao contrário do que defendeu o nobre jurista, fez questão de distinguir a bebida alcoólica, excluindo-a do rol dos produtos cujos componentes podem causar dependência física ou psíquica. Com essa interpretação, podemos dizer que no âmbito da Polícia Judiciária, ao invés de autuar o autor em flagrante, deve o delegado de Polícia lavrar termo circunstanciado por infração ao art. 63, inc. I da Lei das Contravenções Penais.

O autor é delegado de Polícia titular em Jundiá (SP).

Cosméticos e Perfumarias no Direito Penal

JOSÉ MENDES NETO e RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

A cena vem se repetindo com lamentável frequência. Diligentes policiais civis ingressam em sede de estabelecimento industrial ou comercial, em ávida busca por cosméticos, por saneantes e pelos seus registros, ou melhor, pelas eventuais irregularidades no registro desses produtos junto aos órgãos de vigilância sanitária. Muito raras se mostram as investigações infrutíferas. O empreendedor de pequeno ou de médio porte, por vezes, não faz caso dos assuntos burocráticos, e, no seu estoque, pode facilmente ser encontrada alguma mercadoria que não satisfaça às exigências legais. Neste momento — qualquer pessoa afeita às atividades policiais bem o sabe — não há espaço para discussões teóricas sobre adequação típica, sobre dolo, culpa ou erro.

Entre estarecido e indignado, o empresário é conduzido à repartição policial, autuado em flagrante e encarcerado. O estarecimento é resultado da capitulação legal: art. 273, §§ 1º-A e 1º-B, do Código Penal, com a redação e penas dadas pela Lei nº 9.677/98, destaque-se, 10 a 15 anos de reclusão. A indignação, diga-se, deve-se ao fato de que a norma penal comina uma sanção bem mais branda (pena mínima de 03 anos de reclusão) àquele que produz ou comercializa entorpecentes (art. 12, Lei nº 6.368/76). Assim, ao menos neste primeiro momento, resta clara a impressão de que o rentável tráfico das drogas possui mais uma vantagem sobre a atividade envolvendo xampus, desodorantes ou detergentes.

Há pouco mais de dois anos o País vivia verdadeiro pesadelo em tal campo. Falsificações e adulterações nos medicamentos eram denunciadas todos os dias pela imprensa; a compra de remédios nas prateleiras da até então insuspeita drogaria passava a oferecer riscos à vida do consumidor. A conduta, indubitavelmente deletéria, mobilizou a opinião pública, a qual exigiu medidas significativas. Como de costume, coube ao Direito Penal solucionar também esse grave problema da Nação. O enfurecido legislador cometeu exageros, sendo que, entre diversos outros e de interesse para este artigo, equiparou cosméticos e saneantes aos produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais, atribuindo, ainda, idênticos efeitos à falsificação e à mera inexistência de registro perante a vigilância sanitária.

Desse modo, o descumprimento de simples regulamento administrativo foi erigido à condição de crime hediondo, com elevadíssima sanção privativa da liberdade. Perquirições quanto à efetiva nocividade dos produtos seriam tidos como irrelevantes. O perigo para a saúde pública estaria presumido na lei.

"...o descumprimento de simples regulamento administrativo foi erigido à condição de crime hediondo, com elevadíssima sanção privativa da liberdade. Perquirições quanto à efetiva nocividade dos produtos seriam tidos como irrelevantes. O perigo para a saúde pública estaria presumido na lei."

Inúmeros outros comentários poderiam ser aqui incluídos, no entanto, a mudança legislativa já mereceu melhores e mais bem fundamentadas críticas. Busca-se aqui tão-somente recordar que o termo "cosméticos" (empregado na redação do § 1º-A, do mencionado art. 273) possui antiga definição, delineada pela legislação ordinária, e com uma abrangência bem mais restrita do que as interpretações que vêm sendo dadas pelas autoridades envolvidas.

A Lei nº 6.360/76 e seu regulamento (Decreto nº 79.094, de 5 de janeiro de 1977) traçam uma classificação, com as distinções entre "cosméticos", "produtos de higiene" e "perfumes". Os primeiros consistem em "*produtos para uso externo, destinados à proteção ou ao embelezamento das diferentes partes do corpo*" (Lei nº 6.360/76, art. 3º, inc. V), ao passo que "produtos de higiene" são aqueles "*para uso externo, antissépticos ou não, destinados ao asseio ou à desinfecção corporal*" (inc. III, do mesmo artigo). Como exemplos e para uma mais nítida diferenciação, no rol de "cosméticos", encontram-se as "*tinturas capilares, agentes clareadores de cabelos, preparados*

para ondular e para alisar cabelos, fixadores de cabelos, laquês, brilhantinas e similares, loções capilares", enquanto os "xampus" foram listados dentre os "*produtos de higiene*".

Da mesma forma, os "perfumes" — "*produtos de composição aromática obtida à base de substâncias naturais ou sintéticas, que, em concentrações e veículos apropriados, tenham como principal finalidade a odorização de pessoas ou ambientes*" (inc. IV) — não estão inseridos entre os "cosméticos" e, por conseguinte, não estão situados no âmbito de alcance do dispositivo penal.

Estas considerações não pretendem, em absoluto, legitimar a macro-dimensionação assumida pelo Direito Penal. Injustificável é, ainda, a punição de falsificação de muitos dos cosméticos quando estes não venham a oferecer perigo à população. Melhor saída seria a interpretação, caso a caso, do risco criado, traçando-se uma avaliação *ex ante* e *ex post* deste, através dos critérios de imputação objetiva.

Motivo de crítica variada, essa nova previsão legal talvez seja o mais patente e atual signo a desequilibrar a já frágil construção dogmática brasileira, vez que, como menciona **Silva Franco**, "*não há como equiparar, na sua ofensividade à saúde pública, produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais a meros cosméticos, ou seja embelezamento ou a preservação da beleza ou a simples saneantes, produtos dirigidos à higienização ou a desinfecção ambiental*" (**FRANCO, Alberto Silva**. "*Há Produto Novo na Praça*". **Boletim IBCCRIM** nº 70, p. 5). O que se dizer, então, de uma imputação falha, indevidamente tida como hedionda, como no caso de simples produtos de higiene?

Exemplo maior dos problemas enfrentados pelas sociedades de risco tão criticadas por **Beck**, a equiparação da falsificação de remédios e cosméticos acaba por criar uma verdadeira irresponsabilidade legal. Mais do que lei claudicante, o que se está a mostrar é o horror da interpretação obtusa, turvando o ideário do justo e do legal. É a isso que se deve, sempre, combater.

Os autores são advogados em São Paulo; o segundo é doutor em Direito Penal pela USP.

Entidades associadas com o IBCCRIM que recebem mensalmente o Boletim:

- Associação dos Juizes Federais do Brasil - AJUFE
- 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 Magistrados do Distrito Federal
- Associação do Ministério Público do Distrito Federal
- Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal - Rg. DF - ADPF
- GOIÁS
- Associação Goiana do Ministério Público
- Associação dos Magistrados do Estado de Goiás - (Asmeço)
- MARANHÃO
- Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão
- MATO GROSSO
- Associação Matogrossense do Ministério Público
- 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
- 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
- Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais-ITEC
- SANTA CATARINA
- Associação Catarinense do Ministério Público
- Associação dos Magistrados Catarinenses
- SÃO PAULO
- Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal - Rg. SP - ADPF
- Associação Paulista do Ministério Público
- Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
- Centro de Estudos Jurídicos Aguilar de Lara Cordeiro - Ourinhos
- Complexo Jurídico Damásio de Jesus
- Curso C.P.C.
- Curso Forense - Ribeirão Preto
- Secretaria de Estado da Administração Penitenciária
- Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo - SINDPESP
- Triumphus - Curso Preparatório para Carreiras Jurídicas - Sorocaba
- Veredito Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas - Campinas
- PERU
- Departamento de Dignidade Humana da Comisión Episcopal de Acción Social - CEA's

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE

A Violação das Correspondências dos Presidiários no Sistema Carcerário Brasileiro

DOUGLAS CAMARANO DE CASTRO

No cerne do sistema prisional do Brasil atual, temos nos deparado com inúmeros desrespeitos dos responsáveis pelos presídios, cadeias, delegacias, casas de detenção e outros estabelecimentos similares, para com dispositivos de lei de suma importância para a manutenção de um Estado Democrático de Direito, cujos dispositivos, insculpidos na Constituição Federal de 1988, vêm assegurar a todos os homens, quer sejam eles criminosos ou não, garantias como o respeito à dignidade da pessoa humana, à vida privada, à intimidade e inviolabilidade do sigilo de correspondência, garantias estas, que somadas a outras mais, vêm contribuir para a construção e manutenção de um Estado digno e comprometido com os Direitos e Garantias Fundamentais inerentes ao ser humano.

Os presidiários em nosso País, além de viverem o tormento de estarem confinados em locais impróprios e desumanos, estão sofrendo além da pena privativa de liberdade, outras inúmeras sanções absolutamente *contra legem*, como o desrespeito à sua dignidade, privacidade e precipuamente, o desrespeito à inviolabilidade de sua intimidade e de sua vida privada.

Os responsáveis pelos cárceres em nosso País, *propter officium*, pensam poder fazer o que bem entendem com os direitos inerentes aos encarcerados, achando, aqueles homens, no direito de violar e devassar as correspondências tanto recebidas quanto enviadas por aqueles que se encontram confinados nos lúgubres cárceres existentes no Brasil, julgando esses dirigentes penitenciários, terem o direito de adentrar e invadir a intimidade e priva-

cidade daqueles que se encontram presos.

Ora, ao devassar as correspondências recebidas e enviadas pelos encarcerados, os responsáveis pelos estabelecimentos carcerários estão de forma clara e inequívoca afrontando dispositivos legais como o art. 5º, inc. XII, da CF/88, que discorre, *in verbis*: “é inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas...” Além do dispositivo supra, a arbitrariedade dos dirigentes dos estabelecimentos carcerários afronta ainda mais outros dispositivos legais como o art. XII da Declaração Universal dos Direitos do

“Os responsáveis pelos cárceres em nosso País, propter officium, pensam poder fazer o que bem entendem com os direitos inerentes aos encarcerados, achando, aqueles homens, no direito de violar e devassar as correspondências tanto recebidas quanto enviadas por aqueles que se encontram confinados nos lúgubres cárceres existentes no Brasil...”

Homem, artigo este que prescreve que “ninguém será sujeito de interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”, bem como, o art. 41, inc. XV da LEP, que diz constituir direito do preso “contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros

meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes”. No entanto, percebe-se que esses dispositivos estão bem aquém de possuir aplicabilidade frente a esses afrontes, arbitrariedades e gestos de improbidade administrativa praticados pelos responsáveis pelos estabelecimentos carcerários. O máximo que a lei permite, é que o direito do preso se comunicar com o mundo exterior por meio de correspondência escrita pode ser suspenso ou restringido, conforme preestabelece o parágrafo único do art. 41 da LEP, que discorre que, “os direitos previstos nos incisos V, ➤

➔ *X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento*", não mencionando tal dispositivo qualquer possibilidade de serem as correspondências dos presidiários violadas, devassadas e lidas.

Pormenorizando, nota-se que os presidiários brasileiros estão tendo sua priva-

"...percebe-se que a violação de correspondência, independentemente por quem quer que seja, enseja uma violação a princípios constitucionais, fazendo de nossa Carta Magna e também de outras leis infraconstitucionais, "leis mortas"..."

cidade, intimidade e vida privada totalmente devassadas por aqueles que agem em nome do Estado, ficando este, o titular do *ius puniendi*, totalmente inerte e apático perante a tais atitudes e desrespeitos. É de se indignar com tais omissões do Estado, vez que este, por ser o único titular do direito de punir em nosso país, por obrigação e respeito aos Princípios e Garantias Fundamentais estabelecidos tanto na CF/88, como na LEP e Declaração dos Direitos Humanos, tem por dever primordial, resguardar e zelar pelos direitos daqueles que se encontram sob sua tutela, no caso em questão, os presidiários.

Conforme expõe o douto professor **José Afonso da Silva** *"o sigilo da correspondência alberga também o direito de expressão, o direito de comunicação, que é, outrossim, forma da liberdade de expressão do pensamento. Mas nele, é que se encontra a proteção dos segredos pessoais, que se dizem apenas aos correspondentes. Aí, é que, não raro, as pessoas expandem suas confissões íntimas na confiança de que se deu pura confidência"*. Em face do exposto, percebe-se que a violação de correspondência, independentemente por quem quer que seja, enseja uma violação a princípios constitucionais, fazendo de nossa Carta Magna e também de outras leis infraconstitucionais, *"leis mortas"*, cuja aplicabilidade e validade dessas normas estão muito aquém do desejado e almejado tanto pela sociedade civil

quanto pela comunidade carcerária.

Embora o STF, 1ª Turma, no julgar o HC nº 70.814-5/SP tenha entendido que *"nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências e comunicações telegráficas e de dados sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas"*, entendemos que, no que tange às correspondências, os presidiários podem ter esse direito de comunicação com o mundo exterior restringido ou suspenso, tendo como fulcro o parágrafo único do art. 41 da LEP, mas jamais, serem as correspondências violadas, devassadas e lidas. Assim, se tal decisão do STF açambarcar em sua plenitude a permissibilidade de violação e devassa das correspondências tanto enviadas quanto recebidas pelos encarcerados, há de se dizer, que o Supremo Tribunal Federal, como guardião precípua da Constituição da República Federativa do Brasil, tem, em relação ao tema aqui abordado, proferido decisões de conteúdo contrário a alguns preceitos constitucionais, se nos ativermos ao que nos é apregoado pelo *caput* e incs. X, XII e XLIX do art. 5º da CF/88.

Assim, importante é, e urge-nos dizer, que a eventual violação de correspondência dos presidiários por parte dos responsáveis pelos estabelecimentos penitenciários, faz com que estes, de modo claro e inquestionável, venham preencher os elementos subjetivos e objetivos do *caput* do art. 151 do CPB, fazendo com que tal conduta, venha consubstanciar o enquadramento dessas pessoas na prática delituosa descrita neste artigo. Há de se ressaltar, que a figura delituosa tipificada no *caput* do art. 151 do CPB, corresponde a um delito de mera conduta, inexistindo qualquer resultado causalístico. Contudo, o agente penitenciário que devassar correspondência fechada dirigida a outrem, em momento algum poderá escusar-se de integrar uma lide Processual Penal na figura de réu, alegando, mesmo que de forma inócua e obsoleta, exclusão de antijuridicidade por ter agido em estrito cumprimento do dever legal, já que devassando correspondências dos presidiários, estará o agente penitenciário agindo contrário ao dever legal, vez que o ordenamento jurídico preceitua manter intata as correspondências e preservar inviolável sempre o seu conteúdo.

Por fim, *prima facie*, subtende-se que a violação de correspondência dos presidiários por parte de agentes penitenciários configura uma atitude arbitrária e

contra legem, sendo tal atitude abominável e repudiável, configurando um delito penal, conforme tipifica o *caput* do art. 151 do CPB. Não se pode esquecer que o direito à inviolabilidade do sigilo da correspondência é uma Garantia Fundamental assegurada pela Constituição Federal a todos os seres humanos, sem fazer tal dispositivo de lei qualquer distinção entre eles. Ainda, convém-nos ressaltar que a permissividade de violação das correspondências dos presos por parte do agentes penitenciários carece de qualquer fundamentação ou sustentação

...convém-nos ressaltar que a permissividade de violação das correspondências dos presos por parte do agentes penitenciários carece de qualquer fundamentação ou sustentação legal que venha escusar sua reprimenda tanto na esfera criminal como administrativa.

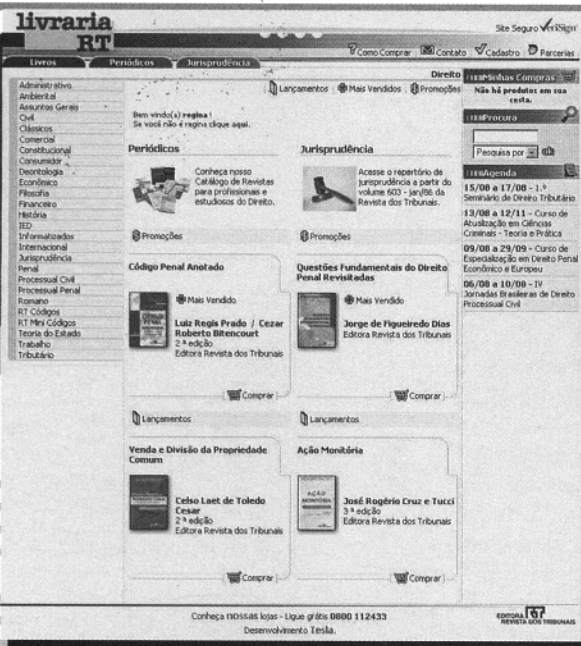
legal que venha escusar sua reprimenda tanto na esfera criminal como administrativa. Assim, resta-nos esperar que o Estado enquanto titular exclusivo do *ius puniendi*, responsável e guardião primordial pelos direitos dos presos, venha por meio dos seus representantes legais assegurar de forma verdadeira e integral os direitos assegurados a eles, bem como fazer com que nossas leis que tratam de Direitos e Garantias Fundamentais do Homem e do Cidadão venham ter eficácia plena e aplicabilidade compactuada com seus verdadeiros objetivos e fins sociais, no caso, a busca incessante pela construção de um "verdadeiro" Estado Democrático de Direito.

BIBLIOGRAFIA

- (1) **MIRABETE, Júlio Fabrin.** *"Manual de Direito Penal"*, vol. 2, 14ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.
- (2) **MORAES, Alexandre de.** *"Direito Constitucional"*, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.
- (3) **SILVA, José Afonso da.** *"Curso de Direito Constitucional Positivo"*, 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

O autor é aluno do 6º período do curso de Direito da PUC/MG, Núcleo de Contagem.

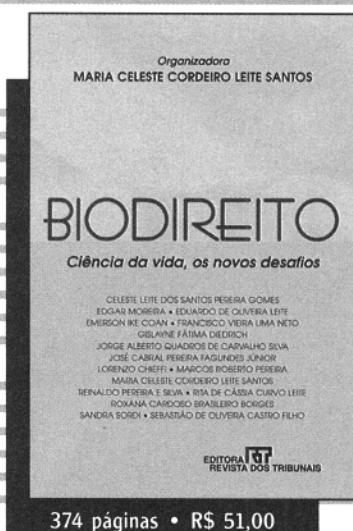
Editora Revista dos Tribunais



Visite a nova Livraria RT Virtual:
www.livrariart.com.br

**A mais completa livreria jurídica do país,
agora também na web.**

livraria
RT



rod. 002070

José Renato Nalini

**ÉTICA GERAL
E PROFISSIONAL**

3.^a edição
revista e ampliada

EDITORA 
 REVISTA DOS TRIBUNAIS

360 páginas • R\$ 47,00

Estudos gerais sobre o tema iniciam o trabalho, um verdadeiro roteiro para o aprofundamento das questões éticas e correlatas, passando o autor, em seguida, a vislumbrá-las sob a ótica dos operadores e acadêmicos do Direito, quando do exercício de suas atividades. Assim, são abordados assuntos como ética e sociedade, bioética, ética e a profissão forense, a ética do estudante, do advogado, do juiz, do promotor e da polícia, entre outros, finalizando o trabalho com o exame da ética na vida do cidadão.

RECURSOS

no Processo Penal

TEORIA GERAL DOS RECURSOS
RECURSOS EM ESPÉCIE
AÇÕES DE IMPUGNAÇÃO

- ▶ *Hilbert-Curien*
- ▶ *Arbeits-Curien?*
- ▶ *Messung der Subjektivität*

RECLAMAÇÃO AOS TRIBUNOS

... ..

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

456 páginas • R\$ 58,00

Estudo aprofundado dos recursos existentes no Processo Penal, abrangendo os princípios fundamentais da Teoria Geral dos Recursos, os aspectos concernentes ao juízo de admissibilidade, os recursos em espécie e ações de impugnação. Os autores, de indiscutível reputação no meio acadêmico e na comunidade judiciária, discorrem sobre os conceitos e as questões inerentes a cada tema de forma extremamente sistemática. Edição revista, atualizada e ampliada, oferece considerações mais aprofundadas sobre o tema, já considerando recentes manifestações de nossos Tribunais.

A presente obra conta com diversas reflexões mostrando a riqueza da abordagem do tema em óticas distintas. A intervenção do legislador ao disciplinar uma matéria específica equivale à imposição de uma determinada concepção ética, uma escolha de valores que podem contrastar com comportamentos íntimos e pessoais, com os convencimentos religiosos dos cidadãos, especialmente no tema do direito à vida. São abordados as leis bioéticas, a engenharia genética, os direitos da personalidade, os aspectos sobre o projeto genoma humano, o exame de DNA, a eutanásia, os alimentos transgênicos, entre muitos outros temas. É imperioso que a sociedade não ignore mais a aplicação biotecnológica na vida de cada cidadão.

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Atendimento ao consumidor:
0800 11 2433

Rua Conde do Pinhal, 80
São Paulo • SP • CEP 01501-060
• Telefax: (11) 3107-2433
• rtsp@livrariart.com.br

Rua Hannemann, 352 • USF
Colégio Santo Antônio do Pari
São Paulo • SP • CEP 03031-040
• Tel.: (11) 3313-3441
• rtusf@livrariart.com.br

Av. Tiradentes, 1.817
Itu • SP • CEP 13300-000
• Telefax: (11) 4024-2388
• rtitu@livrariart.com.br

Rua da Assembleia, 83
Rio de Janeiro • RJ • CEP 20011-001
• Tel.: (21) 2533-7037/7038
• Fax: (21) 2533-4660
• rtrio@livrariart.com.br

Rua Vicente Machado, 84 • loja 1
Curitiba • SP • CEP 80420-000
• Telefax: (11) 323-2711
• rtcuritiba@livrariart.com.br