



EDITORIAL

O Bom Continuísmo

CICLO DE PALESTRAS

O Centro Acadêmico da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu promoverá juntamente com o IBCCRIM um ciclo de palestras com a presença de importantes profissionais do Direito, dentre eles: Alvinho Augusto de Sá, Anderson Falzoni, Angélica Maria Melo de Almeida, Cleunice Pitombo, Geraldo Lemos de Faria Pinheiro, Ivan Motta, Márcio Thomaz Bastos (a confirmar), Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Marco Antônio Nahum, Maurício Zanóide, Mauro Marcelo, Roberto Podval e Sérgio Rosenthal.

No evento vários temas serão abordados como: *Perfil do Delinqüente, Crimes Hediondos e a Lei da Tortura, Princípios Constitucionais do Processo Penal, Crimes de Trânsito, Crimes de Informática e Crimes praticados por meio da informática, Penas Alternativas na realidade brasileira e Mídia e Justiça Penal.*

Dias: 22, 23, 24, 29 e 30 de janeiro e 1 e 2 de fevereiro

Local: Auditório da Univ. São Judas Tadeu

Horário: 19:00 hs.

Informações:

(11) 6695-8059

E-mail:

cadjmarques@ig.com.br

Em 5 de dezembro de 2000, foi eleita a nova diretoria do IBCCRIM, sendo os nomes de seus componentes, por mera curiosidade, informados neste *Boletim*.

Dizemos que a informação de quem são os novos diretores constitui mera curiosidade porque, na verdade, os nomes são muito pouco importantes.

De fato, o que importa é que o trabalho iniciado pelas diretorias anteriores terá seqüência.

Dizer que o papel de uma nova diretoria é continuar o trabalho da antiga pode soar estranho, pois, normalmente, o novo vem (e deve vir) para revolucionar.

No entanto, em termos de IBCCRIM, ser tomado por continuísta não é vergonha, não é demérito, é sim motivo de orgulho.

Com efeito, em um País onde, como presenciávamos há algumas semanas com relação à lei de responsabilidade fiscal, observar o princípio da legalidade constitui "jeitinho brasileiro", só podemos concluir ser necessário perseverar.

Em um País onde tramita projeto de lei⁽¹⁾ objetivando tutelar penalmente a propriedade intelectual das "topografias de circuitos integrados", cominando pena privativa de liberdade de 1 a 4 anos, temos certeza de que devemos continuar.

Em um País onde operadores do Direito fazem um verdadeiro levante frente à **possibilidade** de conceder-se livramento condicional às pessoas condenadas a mais de trinta anos de prisão, passados **vinte anos** do efetivo cumprimento da pena, não há como deixar de sentir o dever de prosseguir.

Cumprir indagar: como deixar de continuar se, ainda hoje, é questionada a oportunidade de limitar o tempo de duração da medida de segurança à pena máxima cominada aos imputáveis?

Como deixar de ser continuístas se, em pleno século XXI, verifica-se que, na maior parte das faculdades de Direito de nosso País, nas aulas relativas à teoria da ação, quando muito, se chega ao finalismo?

Como abandonar o trabalho até o momento desenvolvido pelas diretorias anteriores se, passados mais de dez anos da promulgação da Constituição Federal, nossos tribunais, em grande parte, furtam-se a realizar uma leitura do Direito Penal à

luz dos princípios constitucionais formais e materiais?

Dentro deste contexto, não temos qualquer pudor em dizer que pretendemos sim continuar lutando para que o Direito Penal deixe de ser utilizado de forma simbólica pelos políticos e pela mídia que, mascarando os problemas sociais que potencializam a criminalidade, continuam, falsamente, promovendo-o como panacéia.

É frente a este contexto que temos a ousadia de dizer que não vamos alterar a política que vinha sendo desenvolvida pelas diretorias anteriores, prometendo apenas continuar a trabalhar para que o Direito Penal mínimo ou de última *ratio* deixe de ser utopia.

Para finalizar, parabenizamos e agradecemos os antigos diretores, que tão bem desempenharam a função que lhes cabia: de promover a discussão acerca do papel do Direito Penal, normalmente, imposto e aceito sem maiores questionamentos.

E, ainda com relação aos novos diretores, cremos ser importante fazer referência a um deles, quem seja, o primeiro vice-presidente, **Alberto Silva Franco**.

Devemos mencioná-lo não em virtude de, pela primeira vez, ter-nos dado a honra de, formalmente, aceitar compor a presidência.

Mas sim, em razão de seu nome ser verdadeiro sinônimo do trabalho que vem e continuará sendo desenvolvido pelo IBCCRIM. Trabalho difícil e demorado, mas que está dando frutos, sendo prova disso, o número de estudantes e recém-formados que mais e mais vêm colaborando para o crescimento do Instituto.

Há que se dizer que, ter **Alberto Silva Franco**, formalmente, na diretoria do IBCCRIM, não significa tê-lo mais, pois, como é sabido e consabido, ele vem dedicando sua vida toda à concretização de um Direito Penal democrático. Talvez, ter-lo, formalmente, como vice-presidente do IBCCRIM, Instituto que fundou e para o qual tanto se dedica, seja uma forma de evidenciar o quanto ainda é necessário continuar a trilhar o caminho que, há alguns anos, por ele começou a ser traçado.

NOTA

⁽¹⁾ Projeto de Lei nº 1.787/96.

LEGISLAÇÃO

Veja à pág. 507 do Caderno de Jurisprudência, a íntegra da Lei nº 10.054 de 7 de dezembro de 2000, que dispõe sobre a identificação criminal e dá outras providências.

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE

O Programa de Proteção à Testemunha no Brasil

PATRÍCIA MÁRCIA OLIVEIRA

ÍNDICE

Boletim IBCCRIM - Janeiro/2001 - n° 98

- **Editorial:**
O Bom Continuismo 01
- **Com a Palavra, o Estudante: O Programa de Proteção à Testemunha no Brasil**
- Patrícia Márcia Oliveira 02
- **Reflexões Sobre a Atenuante da Confissão Espontânea**
- Valtan Timbó Martins M. Furtado 05
- **Colaboração Premiada no Tribunal do Júri**
- Rodrigo Iennaco de Moraes 07
- **Primeira Reflexões em Torno do Indulto (Decreto n° 3.667, de 21 de Novembro de 2000)**
- Maurício Kuehne 08
- **Dançando no Escuro com o Sistema Penal**
- Mauricio Antonio Ribeiro Lopes e Vera Maria de O. Nusdeo Lopes 09
- **A Questão da Retroatividade da Lei dos Crimes de Responsabilidade Fiscal**
- Alice Bianchini 10
- **Prisão Preventiva Obrigatória: Crueldade ou Tólice?**
- Felix Valois 11
- **"Sabotagem Informática"**
- Luiz Guilherme Moreira Porto 13
- **Uma das Interpretações ou a Única Interpretação Possível...**
- André Luiz Nogueira da Cunha 14
- **O Princípio da Identidade Física do Juiz e o Processo Penal**
- Renan Cajazeiras Monteiro 15

Caderno de Jurisprudência

- **O Direito Por Quem o Faz: Da Absoluta Impossibilidade de Confundir as Privações Acarretadas Pela Miséria Como Crime de Maus-Tratos** 505
- **O Direito Por Quem o Faz: Do Direito do Advogado a Verificar Inquérito Policiais** 506
- **O Direito Por Quem o Faz: Da Inviolabilidade do Sigilo de Correspondência** 507
- **Legislação: Lei n° 10.054, de 7 de Dezembro de 2000** 507
- **Supremo Tribunal Federal** 508
- **Superior Tribunal de Justiça** 509
- **Tribunal Regional Federal** 510
- **Tribunal de Justiça** 511
- **Tribunal de Alçada Criminal** 512

Introdução

A prova testemunhal revela-se de extrema importância no âmbito do processo penal, pois nesta seara o supremo bem, que é a liberdade humana, pode sofrer cerceamentos com base em depoimentos coletados. "Nesse âmbito, as testemunhas são os olhos e os ouvidos da justiça", como observava **Ben-tham**.

Hoje, o Estado brasileiro não mais protagoniza casos de perseguição política. As vítimas são os pobres, os negros, os desfavorecidos em geral e os suspeitos de prática criminosa, que voltaram a ocupar o lugar histórico de vítimas mais freqüentes de torturas e assassinatos cometidos por agentes do Estado ou ainda por terceiros, como grupos de extermínio.

Diferentemente do período anterior, no entanto, no Brasil de hoje muitos crimes contra os direitos humanos chegam ao conhecimento do Ministério Público e da sociedade civil, o que deve-se em parte à enorme contribuição que vêm prestando a imprensa e as organizações não-governamentais.

É, portanto, no mínimo, surpreendente que o país apresente uma incidência crescente do fenômeno da impunidade. Ressalte-se, então, um dos fatores agravantes da impunidade no Brasil: **o medo das testemunhas de se exporem**. Medo e silêncio — ao contrário do que ocorre em outros países, como por exemplo nos Estados Unidos — no Brasil, quando o assunto está relacionado à violência (espancamento policial, extorsão, seqüestro, homicídios, etc.), duas leis são imperativas: **a lei do medo e a lei do silêncio**.

Proteger a vítima e a testemunha pode ser uma ferramenta eficiente no combate à criminalidade. No dia 13 de julho de 1999, entrou em vigor a Lei n° 9.807, estabelecendo normas para a organização de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas e sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo penal.

A lei não delimita a proteção a determinados crimes, isto é, não é o tipo de crime que autoriza a implantação do programa, senão a índole pessoal do criminoso e a sua capacidade de "ação" diante de uma eventual denúncia ou depoimento em juízo da pessoa que sofreu ou testemunhou o ato criminoso.

O Estado, na tentativa de diminuir a impunidade, em decorrência do medo persistente nas testemunhas, implementou iniciativas no decorrer dos anos. Como exemplo, temos o serviço para recebimento de denúncias anônimas por telefone, mais conhecido como "disque-denúncia". Esse tipo de serviço, colocado à disposição da população, tem garantido a solução de alguns crimes. Ocorre que também se presta a perseguições, denúncias levianas e, acima de tudo, à irresponsabilidade. Daí ser chamado, no meio policial,

de "disque-vingança". Esse tipo de prática, estimulada pela propaganda é, na verdade, o reconhecimento por parte do Estado da sua incapacidade de garantir ao cidadão o exercício do dever legal de contribuir com a Justiça para o esclarecimento de crimes. Para uma grande parte da população, os institutos de criminalística são a demonstração da precariedade, da falta de estrutura e do descaso do poder público com a questão da justiça e da segurança pública. Diante deste quadro, a prova testemunhal passa a ser, em muitos casos, a única prova do crime.

No mês de janeiro de 1996, uma organização não governamental chamada Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares, com o auxílio de membros do Poder Judiciário e das Autoridades Policiais, criou o Provita — Programa de Proteção a Testemunhas e Vítimas de Violência — que começou a operar com força total, tendo os seguintes pressupostos: somente testemunhas de homicídio eram aceitas pelo programa e deveria existir evidência de ameaça à vida ou à integridade física da testemunha, da vítima ou de parente. Ressalta-se, porém, que antes da efetiva implantação do referido programa, o GAJOP já atuava num sistema de proteção que consistia na formação de uma rede de proteção composta por voluntários que abrigavam as testemunhas. No Provita as testemunhas e seus familiares têm direito a um acompanhamento psicossocial e médico, bem como à assistência jurídica. O Provita é subsidiado por verbas estaduais e recursos federais, provenientes do Ministério da Justiça, via Secretaria Nacional dos Direitos Humanos.

O Provita, instituído em Pernambuco pelo GAJOP é, sem dúvida, um marco nacional, servindo, assim, de modelo para a implementação, entre os anos de 1997 a 1998, em diversos Estados, sendo que, em cada local, o programa é coordenado por uma ONG, representante da sociedade civil.

Da proteção às testemunhas no Direito Comparado

Buscando colher dados acerca dos programas de proteção à testemunha, o GAJOP procurou conhecer diversas experiências estrangeiras na área, em particular a inglesa, a norte-americana e a italiana.

1) Experiência norte-americana — O programa norte-americano de proteção a testemunhas caracteriza-se por ser uma iniciativa exclusivamente estatal, que goza de grande respeito junto à comunidade internacional em função de sua eficácia no atendimento a cerca de 150 testemunhas por ano, com absoluto sucesso. O serviço de proteção à testemunha, desde 1971, é desempenhado pelo *Marshalls Service*. O nome do programa idealizado pelo *Marshalls Service* é: *Witness Security Program*. O pro- ➡

▶ grama se divide em duas partes: mudar as testemunhas de um local para outro e esconder prisioneiros nas prisões, já que metade dos que ingressam no programa são pessoas que estão cumprindo pena.

Nos Estados Unidos, não existe a figura dos voluntários, responsáveis em receber a testemunha em sua casa, sendo que o programa é projetado com a proposta de dar à testemunha auto-suficiência seis meses depois de ela ter entrado no programa. Testemunhas que não tenham instrução necessária para exercer uma atividade legal, terão a oportunidade de frequentar cursos de informática ou, quando estrangeiras, escolas de inglês. O *Marshall's Service* trabalha junto com uma equipe de psicólogos vocacionais que determinam áreas apropriadas de trabalho para as testemunhas. Através dos anos, o *Marshall's Service* garantiu a cooperação de mais aproximadamente 300 empresas nos EUA e no exterior, que concordaram em empregar testemunhas e familiares delas.

Em Washington, existe o *Safesite and Orientation Center* (Centro de Orientação e Lugar Seguro). O referido Centro é um lugar seguro para se realizar as entrevistas e iniciar as testemunhas e as suas famílias no Programa. O local foi projetado, tendo a segurança como prioridade, possuindo, assim, a tecnologia mais avançada na área de comunicação e segurança.

As medidas garantidas pela lei americana incluem: relocação das testemunhas e de membros da família (ou muito próximos) para local seguro; transporte da mobília e de objetos pessoais de pequeno porte para o novo endereço (inclusive animais de estimação); mudança de identidade, mediante o fornecimento de novos documentos; manutenção de habitação segura e de qualidade e pagamento de valor, a ser determinado pelo procurador público responsável, destinado a cobrir despesas básicas das testemunhas e familiares e assistência social, inclusive psicológica, durante o tempo em que a testemunha estiver desempregada em função do engajamento no programa.

O maior mérito do programa é que até hoje nenhuma pessoa, que seguiu rigorosamente as regras, morreu. Com isto, ressalva-se a necessidade de se estabelecer regras à testemunha, e, principalmente, do sigilo absoluto.

O custo para mudar uma família é de US\$ 40.000, logo qualquer equívoco por parte do programa ou da testemunha levaria à improcedência da efetivação de tal serviço.

Quanto às testemunhas que estejam cumprindo pena, ao ingressarem no programa normalmente acabam por responder por "crimes menos graves", cumprindo pena em estabelecimento prisional especial (dentro do complexo penitenciário comum), ignorando os demais detentos serem elas "testemunhas". Caso estas testemunhas pratiquem novos crimes, serão processadas, fornecendo os responsáveis pelo programa todas as informações prévias quanto aos antecedentes criminais ao promotor de Justiça, sendo compelidas de novo a cumprir pena, se condenadas.

2) Experiência inglesa — Na Inglaterra, o serviço de proteção a testemunha é prestado por entidades da sociedade civil e pelo Estado. Atualmente, existem 84 serviços à testemunha nas Cortes Supremas na Inglaterra

e no País de Gales. Nota-se, aqui, a atuação conjunta da sociedade civil e do Estado. O governo central financia o serviço à testemunha em um nível que permita o pagamento de um salário ao coordenador do programa, as despesas com os voluntários e os custos administrativos.

Dentre os serviços constam o *Victim Support*, o qual presta atividades estritamente de apoio social e psicológico, favorecendo a participação das testemunhas nos tribunais, com vistas à responsabilização dos criminosos.

Um serviço especializado, de natureza exclusivamente estatal, sediado em Manchester, cuida de muito poucos casos em que é necessária a proteção propriamente dita de testemunhas. Caso contrário, as testemunhas que não sofram ameaça de morte, são orientadas pelos voluntários, representantes da sociedade civil. Ressalta-se, assim, que indivíduos que queiram ser voluntários passam por um processo seletivo que envolve desde a entrevista, o estágio probatório até uma avaliação anual.

O caso mais famoso atendido pelo programa estatal inglês é o do escritor **Salman Rushdie**, que há anos tem a vida garantida, mediante permanentes mudanças de endereço, em função de perseguições de fanáticos muçulmanos que não toleram suas opiniões sobre o islamismo.

O funcionamento do *Victim Support*, conformado mediante a participação do Estado e da sociedade civil organizada, revela uma compreensão de interesse público que vai além do Estado. A participação da comunidade inglesa no programa demonstra a capacidade de resolução dos seus próprios problemas, uma vez que ela própria é a principal interessada em que a paz se estabeleça socialmente.

3) Experiência italiana — O programa italiano de proteção a testemunhas — a *Procura Nazionale Antimafia* — é direcionado para o desbaratamento da máfia italiana, razão pela qual atende especialmente os criminosos arrependidos, dotando-os de condições essenciais para que eles prestem o testemunho, contribuindo assim para a prisão de outros mafiosos.

A Procuradoria Nacional Antimáfia tem o apoio da Direção de Investigação Antimáfia (DIA), organismo de competência nacional, destinado a desenvolver uma função de "inteligência" no setor específico das investigações antimáfia, além dos serviços centrais e interprovinciais de todas as forças da polícia.

A proposta de admissão ao programa de proteção será formulada pelo procurador da República, que dirige e coordena as investigações sobre os crimes a respeito dos quais o colaborador prestou as declarações, ou pelo chefe da polícia ou pelo representante do governo no município. A decisão sobre a admissão de um colaborador ao programa de proteção cabe à Comissão Central, instituída junto ao Ministério do Interior, presidida por um subsecretário de Estado e composta por dois magistrados particularmente especialistas em processos relacionados ao crime organizado e por cinco funcionários e oficiais de formação profissional análoga. A comissão procederá à instrução para aquisição de informações para cada colaborador e decidirá sobre o conteúdo específico do programa de proteção para o candidato.

Autorizado o ingresso do colaborador e

familiares para o programa, procede-se à mudança deles da "zona de residência de origem". Ressalta-se, assim, que o Serviço Central de Proteção baseia sua atividade no princípio da "camuflagem", que consiste em conseguir o total anonimato da testemunha. Assegura-se assistência econômica, médica e legal aos colaboradores e aos parentes (pagando-se os honorários de advogado; fornecendo-se documentos de aparência, já que a mudança dos dados de identidade somente é prevista em casos excepcionais).

O programa tem como objetivo final o de favorecer a saída dos colaboradores da Justiça e seus familiares, através da conquista da sua auto-suficiência econômica, rescindindo, portanto, aquela espécie de "cordão umbilical" que, por um certo período de tempo das suas vidas, os ligou necessariamente às instituições.

É preciso, portanto, deixar claro: o Serviço Central de Proteção não deve "encontrar" trabalho para as pessoas em proteção, mas sim fornecer aos interessados os instrumentos administrativos, indispensáveis, para procurar e concorrer às vagas de empregos, para os quais possuem os requisitos necessários, partindo das condições mínimas asseguradas a todos os cidadãos. Ao término do programa, o colaborador e sua família terão se ressocializado. Se porventura retornar o colaborador à delinquência, por infrações que, sozinhas, demonstrem a atenuação do perigo, extingue-se de qualquer forma a sua participação no programa.

O programa de proteção à testemunha no Rio de Janeiro

No dia 9 de setembro de 1999, foi firmado o convênio entre a Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro e a ONG Provita Rio para a implantação e estruturação do Programa de Proteção à Testemunha no Estado do Rio de Janeiro. Ressalta-se, porém, que a ONG Provita Rio teve seu nome recentemente modificado, passando a chamar-se Ação e Solidariedade.

O Programa de Proteção às Testemunhas é coordenado pela organização não-governamental Ação e Solidariedade, em parceria com o Estado, o Ministério Público e o Poder Judiciário. O programa segue o modelo criado pelo GAJOP, recebendo o nome de PPT/RJ — Programa de Proteção às Testemunhas no Estado do Rio de Janeiro.

No processo de inclusão, a testemunha passará, obrigatoriamente, por um processo seletivo, onde se levará em consideração: a grave ameaça à integridade física ou psicológica do beneficiado; a dificuldade de prevenção pelos meios convencionais; e a importância para a produção da prova.

Os indivíduos que não poderão ser incluídos no PPT/RJ são: os condenados cumprindo pena; os indiciados ou acusados sob prisão cautelar e aqueles com a personalidade ou conduta incompatíveis com as normas do programa.

O procedimento, conforme a Lei nº 9.807/99, consistirá na seguinte tramitação: solicitação de ingresso no programa (art. 5º); parecer da equipe técnica (art. 5º, § 2º); assistente social, psicólogo e advogado; parecer do Ministério Público (art. 3º) e decisão do Conselho Deliberativo (art. 6º, inc. I).

Vale ressaltar, contudo, que o Ministério Público emitirá parecer levando em consideração: a importância da medida



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

DIRETORIA DA GESTÃO 2000/2002

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

DEPTO. DE BIBLIOTECA: Silvia Helena Furtado Martins, Adriana Haddad Uzum e Adilson Paulo Prudente do Amaral Filho

DEPARTAMENTO DE BOLETIM: Janaína 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 Ivan Martins Mota

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 Saba-dell 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

para a preservação da integridade física do protegido; a importância para a produção da prova e não ser a testemunha o co-autor ou partícipe do fato investigado.

Conforme estipulado pelo art. 7º, inc. V, da Lei nº 9.807/99, caberá ao programa contribuir com ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso da pessoa estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda. Neste caso, a ajuda financeira mensal terá um teto fixado pelo Conselho Deliberativo no início de cada exercício financeiro. O teto fixado durante o presente exercício financeiro é de R\$ 360,00, por beneficiário. Valor este que deverá custear, por exemplo, as contas de luz, água, casa alugada, remédios, etc.

O primeiro atendimento do PPT/RJ ocorreu em outubro de 1999, sendo que, até hoje, foram acolhidos 16 casos, envolvendo 37 pessoas, dentre estas 16 testemunhas. Nesse particular, vale observar que existem, atualmente, 33 pessoas na fila de espera por uma vaga no programa. Tal fato se deve, principalmente, à escassez de recursos destinados pelo governo federal ao PPT/RJ.

Dai a necessidade de se firmar parcerias e convênios, buscando-se, principalmente, formar uma "rede de proteção" similar à desenvolvida em Pernambuco, onde anônimos dão abrigo às testemunhas, e empresas prestam seus serviços em benefício das testemunhas (ex.: seguradoras de saúde).

Os beneficiários, ao assinar o termo de compromisso, se comprometem a: não se comunicar por telefone com familiares, amigos ou quaisquer outras pessoas que os conhecem, excetuando-se a equipe técnica; não comunicar-se por carta, a não ser através da equipe técnica; não mais dispor de conta bancária ou cartão de crédito; usar nomes e história construídos junto à equipe técnica em todos os novos lugares e com novas pessoas com que se relacionarem; não retornar aos locais de vizinhança ou de parentes durante permanência no programa de proteção; não expor-se aos meios de comunicação e, quando a proteção se der em local de proteção mantido por entidades religiosas, filantrópicas ou de defesa dos direitos humanos, adequar-se às normas internas de convivência.

Desta forma, o PPT/RJ vem conquistando a credibilidade de órgãos públicos e da sociedade civil, demonstrando que a proteção às testemunhas pode ser realizada por todo e qualquer Estado brasileiro interessado em produzir melhores índices de eficiência no sistema judicial e de combate às violações dos direitos humanos e à impunidade.

Conclusão

O Brasil possui, finalmente, uma lei de proteção a testemunhas que concede possibilidade para a mudança de identidade das testemunhas e seus familiares (em casos de extrema necessidade) e para a redução da pena ou até mesmo o perdão judicial, se a testemunha for um criminoso arrependido que venha a contribuir com a elucidação do crime. Trata-se de mais um cumprimento, pelo governo federal, de uma das propostas previstas no Programa Nacional de Direitos Humanos e há muito defendidas por entidades sociais de todo o País. Com a nova lei, o País passa a contar com mecanismos já adotados por outros países (como os Estados

Unidos, a Itália e a Inglaterra) na redução da criminalidade.

Com a promulgação da Lei nº 9.807/99, o Provita foi expandido, estando funcionando atualmente em sete Estados: Bahia, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Pará, Pernambuco, Rio de Janeiro e São Paulo, os quais com a assessoria do GAJOP já possuem resultados bastante animadores, com a condenação de criminosos, em processos cujas testemunhas foram essenciais na produção de provas. Os próximos Estados a serem incluídos serão: Minas Gerais e Rio Grande do Sul.

No Brasil a impunidade tornou-se cotidiana e a inoperância do sistema de segurança e Justiça tem levado à perda de sua credibilidade e à sua sistemática desmoralização, tendo em vista a conformação de uma ordem parainstitucional que impera em todos os níveis da vida nacional. A impunidade representa a negação da justiça e do direito ao conhecimento da verdade. É um dos fatores que mais tem levado à banalização da violência. Instaura-se na população, paulatinamente, a "lei do silêncio", como a única norma aceita de convivência ante a impossibilidade de obter justiça. O silêncio se converte em tolerância e a impunidade dilui a responsabilidade social.

O ponto nevrálgico da Lei nº 9.807/99 é a carência de recursos para dotá-la de exequibilidade. Nos programas da Itália e dos Estados Unidos, por exemplo, gastam-se cerca de 50 a 100 milhões de dólares por ano e isso, evidentemente, está fora da realidade brasileira. Pode, nesse contexto, ser oportuna a idéia de se utilizar como recursos adicionais ao orçamento destinado ao programa de proteção o dinheiro proveniente dos bens apreendidos de condenados envolvidos no crime organizado, bem como recursos oriundos de empresas privadas, que poderão abater tais valores do imposto de renda.

Apesar dos referidos problemas enfrentados, principalmente quanto à questão orçamentária, podemos concluir que o Programa de Proteção à Testemunha tem sido um instrumento eficaz na consecução da justiça, na busca da legalidade e agilidade dos processos, num esforço em contribuir para a punição dos culpados — a partir do depoimento consciente e seguro da vítima, buscando sempre o fortalecimento da cultura de respeito aos direitos humanos.

NOTAS

PENTEADO, Jaques de Camargo. "Justiça Penal nº 7". Rio de Janeiro, Revista dos Tribunais, 2000.

GAJOP. "Os Direitos Humanos na Entrada do Novo Milênio". "Revista do GAJOP", Edição Especial, dezembro 99.

GAJOP. "Proteção a Testemunhas da Violência". "Revista do GAJOP", agosto 99.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. "Direitos Humanos ou Privilegios de Bandidos?", in "Nossos Estudos Cebrap", São Paulo, nº 30, julho de 1991.

SOARES, Luiz Eduardo. "Violência e Política no Rio de Janeiro", Rio de Janeiro, Iser, Relume e Dumaré, 1993.

MORRIS, Stanley E. "US Marshalls Service", in "The Penacle", Washington, Ministério da Justiça dos Estados Unidos, fevereiro de 1988.

Consulta processual on-line disponível na Internet via www.gajop.com.br — Arquivos capturados no dia 26.05.00.

A autora é acadêmica de Direito na Unirio.

Reflexões Sobre a Atenuante da Confissão Espontânea

VALTAN TIMBÓ MARTINS MENDES FURTADO

Ma segunda fase do cálculo da pena, o juiz deve considerar as circunstâncias do crime agravantes (arts. 61 e 62 do Código Penal) e atenuantes (art. 65 do CP). Dentre estas últimas, prevê o código o fato de "ter o agente confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime" (inc. III, d). As seguintes linhas destinam-se a uma breve análise do modo como vem sendo tal dispositivo interpretado pelos nossos tribunais.

Primeiro, há julgados (por exemplo, Apelação Criminal nº 19980810006684, 1ª Turma Criminal do TJDF) que distinguem entre confissão "espontânea" e "voluntária", para excluir a incidência da atenuante no segundo caso, sob a alegação de que o réu somente pode ser beneficiado se, sem ser acossado por fatores externos, esclarecer que é o autor do delito. Tal modo de pensar encontra ressonância em **Damásio** ("Código Penal Anotado", 7ª ed., p. 189), mas desafia a semântica, visto que aqueles termos são sinônimos. O jogo de palavras admite, inclusive, uma total inversão de significados, como se lê no "Código Penal Comentado" de **C. Delmanto**: "Tal confissão deve ser espontânea, embora não se exija a voluntariedade" (3ª ed., p. 107). A distinção supracitada, em verdade, não é autorizada pela gramática ou pela lei e tem servido apenas para excluir a atenuante indevidamente. O certo, como destacou o ministro **Edson Vidigal** no voto condutor do julgamento do REsp nº 51.809, é considerar que a espontaneidade exigida pelo código decorre apenas da ausência do uso da força ou de induzimento.

Mesmo que se dê aos vocábulos "espontânea" e "voluntária" o sentido utilizado por **Damásio**, nada justifica que a confissão dita voluntária (ou seja, não-forçada, mas decorrente de estímulo externo) não seja apta a beneficiar o agente, como ficou consignado na ementa do HC nº 68.641/DF, julgado pela 1ª Turma do STF: "A confissão espontânea da autoria do crime, pronunciada voluntariamente, ou não, pelo réu, perante a autoridade pública, atua como circunstância que sempre atenua a pena (...)"

Essa questão da espontaneidade tem relação estreita com uma outra que até hoje gera dissidência nos tribunais: a do caráter objetivo da atenuante em estudo. Após a reforma penal ocorrida em 1984, foi eliminada a exigência de que o crime confessado fosse de autoria ignorada ou atribuída a outrem (cf., a respeito, o item 55 da exposição de motivos da nova Parte Geral do Código Penal). Dessa forma, injustificável a negativa de aplicação da atenuante no caso de flagrante delito, sob a alegação de que não restava alternativa ao réu que não admitir a autoria, como fez o STJ no RHC nº 2.723/RS e o TJDF na APR nº 19990110054934, por exemplo.

Essa concepção, de que o flagrante impede a incidência da atenuante da confissão espontânea, decorre diretamente da consideração, esta francamente majoritária em nos-

sas cortes superiores de justiça, de que é importante perquirir o motivo que levou o réu a confessar: apenas se for nobre, como o arrependimento ou a lealdade processual, é de se aplicar o benefício (STF, HC nº 74.366/RS, HC nº 76.938/RJ, HC nº 74.414/SP, HC nº 70.226/MG, HC nº 69.048/RJ, HC nº 65.286/PR; STJ, REsp nº 162.852/MS, REsp nº 119.999/RS, REsp nº 11.421/PR, REsp nº 23.919/MG). No TJDF, a APR nº 199811012914 e a APR nº 1739497 foram julgadas no mesmo sentido.

"A exigência de que a confissão decorra de uma intenção nobre, não contida explícita ou implicitamente na lei, é uma fonte de injustiça e arbitrio."

Com razão, contudo, o ministro **Marco Aurélio**, relator do HC nº 69.479/RJ, quando afirma que a exigência de que a autoria do delito não esteja bem delineada vulnera a lei, por exigir um requisito nela não contido, além de ser irreal. Assim, "pouco importa que o acusado tenha sido preso em flagrante", pois a "simples postura de reconhecimento da prática do delito e, portanto, da responsabilidade, atrai a observância, por sinal obrigatória, da regra insculpida na alínea 'd' do inciso III do artigo 65 do Código Penal (...)". No mesmo sentido foram julgados os Recursos Especiais nºs 51.809/RS e 24.40/PR e os *Habeas Corpus* nºs 12.229/MS, 9.366/MS e 10.532/RJ, no STJ, e as Apelações Criminais nºs 95.01.25093-8/AM e 89.01.09784-2/AM, no TRF da 1ª Região. No sentido de desprezar o motivo da confissão, as Apelações Criminais nºs 1.636.396 e 1.885.498, do TJDF.

A exigência de que a confissão decorra de uma intenção nobre, não contida explícita ou implicitamente na lei, é uma fonte de injustiça e arbitrio. Inicialmente, criam-se duas classes de réus, sendo que a dos que são presos em flagrante encontra-se, *ipso facto*, impedida de receber o benefício da confissão, olvidando-se que o crime pode conter inúmeras circunstâncias muitas vezes apenas passíveis de esclarecimento pelo réu e que a confissão, em qualquer caso, dá ao juiz a certeza da autoria e já delimita a materialidade. Ademais, o motivo da confissão espontânea autorizadora da aplicação da atenuante, normalmente apontado como o arrependimento, não é passível de aferição pelo juiz, senão por um psicólogo, ainda assim de modo falível, constituindo séria distorção beneficiar apenas aqueles sobre cuja autoria de crimes pairava dúvida, por se deduzir que estes criminosos estão arrependidos. Por isso

que assiste razão a **Delmanto** quando afirma: "A lei apenas quer que a confissão seja espontânea, não havendo razão legal alguma para exigir-se que ela seja resultante de 'arrependimento' do agente. Ainda que este confesse, até mesmo movido pelo único propósito de vir a beneficiar-se, no futuro, com a atenuante, ela não pode deixar de ser reconhecida se houver espontânea confissão de autoria" (op. cit., p. 107). O ministro **Luiz V. Cernicchiaro** proferiu voto minoritário no REsp nº 23.919/MG em que acentua, com propriedade, que a lei não quis aferir o arrependimento do autor do crime. "Buscou, para evitar o erro judiciário, a nobreza do réu. Desejou a lei, isso sim com a colaboração do acusado, a decisão ser justa. Em contrapartida, diminuiu a pena in concreto. Não se pode condicionar o pormenor à motivação, ou à finalidade."

Em pelo menos um ponto, entretanto, as teses objetiva e subjetiva se encontram: com base em ambas é de se negar a aplicação da atenuante quando o réu se retrata da confissão extrajudicial (STF, HC nº 70.376/SP, HC nº 74.165/RS, HC nº 73.766/SP, HC nº 73.749/SP, HC nº 72.257/SP, HC nº 70.442/RJ, HC nº 70.226/MG, HC nº 69.188/SP; STJ, REsp nº 60.142/MG, HC nº 52.50/SP).

Entretanto, em casos excepcionais, tem sido admitida a atenuação mesmo quando retratada em juízo a confissão, em virtude da sua relevância capital para o deslinde do caso (STJ, HC nº 11.974/SP, REsp nº 201.333/DF, REsp nº 171.302/DF e REsp nº 172.087/DF). Tal medida, que do ponto de vista prático premia o réu que permite o êxito da persecução criminal, é incongruente com a teoria subjetiva, visto que não há nobreza na atitude de quem, se retratando, procura lançar dúvidas na mente do julgador e turbar a busca da verdade real. A nosso ver, também não se compatibiliza com a tese objetiva, visto que, ao se retratar, o réu substitui uma manifestação de vontade por outra, devendo prevalecer a última, até porque emanada sob o crivo do contraditório, embora não se negue força indiciária à confissão extrajudicial retratada, que pode até servir de arrimo a uma condenação, desde que coerente com o conjunto probatório.

Acerca deste último tema, o da utilidade da confissão retratada, embora não represente, a nosso sentir, uma corrente majoritária, é comum observar em julgados do Eg. TJDF (por exemplo, APR nº 19980910031534, APR nº 1868398, APR nº 1811697 e APR nº 1741597), como fundamento para a aplicação da atenuante, a justificativa de que a confissão prestada perante a autoridade policial, ainda que posteriormente infirmada, acaso tenha contribuído (ainda que de modo secundário ou subsidiário) para formar o convencimento do julgador, deve servir para abrandar a pena, o que, como se viu, com mais razão ainda não se afigura, *data venia*, uma atitude coerente com a natureza do institui-



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

BOLETIM IBCCRIM

EDITORA DO BOLETIM: Janaína C. Paschoal

JORNALISTA: Gisele Vieira (MTb. 25.414)

CONSELHO EDITORIAL: Carlos Alberto Pires Mendes, Celeste Leite dos Santos Pereira Gomes, Celso Eduardo Faria Foracini, 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. Pachcoal, João Florêncio de Salles Gomes Jr., Ludmila Vasconcelos Leite, Luiz Felipe Azevedo Fagundes, Luiz Henrique Pinheiro Bittencourt, Maria Emília Nobre Bretan, Maria Eugênia Ferreira da Silva, Maria Fernanda Baptista Cepellos Daruiz, Mariângela Lopes Neistein, Mariângela Magalhães Gomes, Marina Pinhão Coelho, Paula Kahan Mandel, Renata Horovitz, Renata Strang Ciasca, Renato de Mello 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

IMPRESSÃO: Ativa/M - Tel. (11) 3277-9181

TIRAGEM: 20.000 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

to, cujo escopo, notadamente em se adotando a teoria objetiva, é privilegiar a atitude do réu de confessar o crime perante o juiz, o que dá a este a certeza necessária à condenação e diminui a probabilidade do erro judiciário (cf. o REsp nº 176.652/DF). A atenuante, dessa forma, constitui um "estímulo à verdade processual", conforme salientado na exposição de motivos do Código Penal (item 55). Dessa forma, ainda que, por constituir indício de autoria, a confissão retratada seja utilizada como fundamento da sentença, não deve ela implicar a incidência da regra do art. 65, III, d, do Código Penal. Não existe, portanto, contradição, apontada pelo douto desembargador **Mário Machado** na ementa da Apelação Criminal nº 1.739.497, em se usar "a confissão para se fundamentar a condenação e não se dar a contrapartida da atenuante", visto que a primeira questão é processual, diz respeito à análise da prova à luz do princípio da persuasão racional, enquanto que o segundo tema, de Direito material, diz com a premiação da atitude do réu que contribui para infundir no espírito do julgador a certeza moral do acerto da sua decisão.

Existem julgados negando a aplicação da atenuante quando o réu, que confessou na polícia, evade-se e tem decretada a revelia (fatos anteriores à Lei nº 9.271/96, que deu nova redação ao art. 366 do CPP - STF, HC nº 77.606/MG e HC nº 74.068/SP, tendo neste processo sido pedida a absolvição).

Merecem ser mencionados, ainda, o tema da confissão parcial e o da confissão qualificada. Tem direito a ser beneficiado o réu que, por exemplo, confessando o homicídio, nega o motivo, fútil, ou alega que repelia agressão atual e injusta? A nosso ver, a confissão deve abranger, a princípio, toda a imputação **pela qual o réu for condenado**. Assim, o denunciado por "tráfico de drogas" que admite o porte da substância entorpecente, mas, como sói acontecer, afirmando que para uso próprio, não merece a benesse legal (STF, HC nº 73.075/SP e HC nº 71.334/SP), caso seja condenado como incurso nas penas do art. 12 da Lei nº 6.368/76, mas apenas se considerado, ao fim do processo, infrator do art. 16 da mesma lei.

A assertiva contida na ementa do acórdão relativo ao REsp nº 2.440/PR de que "não é óbice do favor legal a alegação de legítima defesa, cindível que é a confissão, nos termos do art. 200 do CPP", não nos parece acertada, visto que aduzir uma causa de exclusão da ilicitude redunda na negativa da prática de crime, que é fato antijurídico (o código fala em confessar a "autoria do crime"), atuação inservível à busca da verdade processual, e que o objeto da confissão é a própria imputação penal (STF, HC nº 71.334/SP), a "assunção da responsabilidade" (STF, HC nº 72.257/SP) — o ministro do STJ **Felix Fischer**, relator do HC nº 8.863/RJ, explica que a atenuante em tela "há de resultar da atuação do agente do ilícito que propicie a investigação e completo conhecimento do fato delituoso em toda a sua extensão e não de declaração que é manifestada sob reserva (...)".

Para **Adalberto de Camargo Aranha**, a confissão qualificada, que é aquela em que o confitente, ao assumir a prática do crime, levanta em seu favor algum fato que possa excluir ou minorar o crime ou isentar de pena, não é cindível. Segundo esse autor, o único tipo de confissão passível de ser considerada apenas em parte é aquele em que "o agente admite o fato acusatório, sem qualquer acréscimo ou modificação substancial que possa desnaturá-lo" ("Da Prova no Processo Penal", 5ª ed., p. 113). No mesmo sentido, **Galdino Siqueira** (apud **Guilherme de Souza Nucci**, "O Valor da Confissão Como Meio de Prova no Processo Penal", p. 128).

Mais acertada, contudo, a posição de **Guilherme de Souza Nucci**, segundo quem toda confissão é cindível. O que não se afigura possível é refutar apenas uma parte da história do acusado, sem arrimo em provas, ainda que indiretas. "Para dividir uma confissão é preciso que uma parte seja contestada pela prova e a outra, que será aceita, seja confirmada pelos elementos probatórios" (op. cit., p. 129).

Assim, seja qual for a tese aceita sobre a cindibilidade da confissão qualificada, o certo é que ela gera incerteza e não dispensa outras provas para sustentar o decreto condenatório. Por isso é que, via de regra, a confissão qualificada não induzirá a atenuação da pena.

Contudo, deve ser avaliada com cuidado a confissão parcial. Respondendo à pergunta formulada linhas atrás, o homicida que não revela a qualificadora, embora confesse o crime em sua figura básica, merece ser beneficiado pela atenuante da confissão espontânea, mas o *quantum* da diminuição deverá ser menor do que o aplicável no caso de uma confissão que abrangesse toda a condenação. O mesmo se pode dizer do autor de furto que, admitindo a atividade criminosa, nega o emprego de chave falsa. Tal modo de pensar é corolário da razoabilidade e se coaduna com qualquer critério que se adote para aferir a existência da atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Estatuto Repressivo.

Em síntese, pode-se afirmar que, de acordo com o nosso atual ordenamento jurídico: 1) a atenuante da confissão espontânea é de natureza objetiva, desca-bendo perquirir qual o motivo que levou o agente a admitir a culpa; 2) não é requisito para a aplicação da atenuante que o crime seja de autoria desconhecida, pois a lei não exige mais tal requisito; 3) a confissão retratada em juízo não permite atenuar a pena; 4) a relevância da confissão para o deslinde do processo não é fator que determine a aplicação da atenuante, embora exista jurisprudência feita nesse sentido; 5) no caso de a confissão ser parcial, pode-se, dependendo do caso, aplicar a atenuante, mas com menor intensidade; 6) no caso de a confissão ser qualificada, via de regra deve-se negar a incidência do art. 65, III, d, do CP.

—
O autor é procurador da República em Santos (SP).

Colaboração Premiada no Tribunal do Júri

RODRIGO IENNACO DE MORAES

A Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, ao prever hipóteses de benefícios àquele que, concorrendo para a prática de crime, presta colaboração voluntária à persecução estatal, trouxe a lume intrincado debate no meio jurídico⁽¹⁾. Em especial, os arts. 13 e 14 da lei disciplinam, respectivamente, hipóteses de concessão de perdão judicial⁽²⁾ e de causa especial de diminuição da pena⁽³⁾. Passado mais de um ano de sua vigência, ainda hoje há espaço para a investigação dogmática, além da discussão que traga, no âmbito pragmático, a ampliação de sua eficácia e aplicação no cotidiano forense.

A par da divergência acerca de aspectos variados do instituto, as condições elencadas nos incisos do art. 13, bem assim no *caput* do art. 14, ensejam dois entendimentos: necessidade de satisfação *cumulativa* ou *alternativa*. Para o presente estudo, prestigiamos a posição que sustenta ser bastante o atendimento de uma só das três condições, alternativamente⁽⁴⁾.

"Por respeito aos princípios da soberania dos veredictos e do juiz natural, ao Tribunal Popular está reservada a aferição dos requisitos objetivos e subjetivos, sob pena de ofensa à Constituição Federal."

Acolhida a tese *alternativa*, vislumbremos a aplicação da Lei nº 9.807/99 aos crimes dolosos contra a vida, cuja competência é assegurada pela CR/88 ao Tribunal do Júri. Se os jurados, em resposta aos quesitos formulados, analisando as circunstâncias e consequências da infração, concluírem que o acusado, sendo primário, de personalidade favorável, colaborou efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, daí resultando a identificação daqueles que concorreram para o crime, o juiz-presidente declarará extinta a punibilidade, concedendo ao réu o perdão judicial (art. 13, I). Se, não obstante a colaboração voluntária do acusado para a identificação dos demais participantes, não for tal colaboração efetiva (ausência de nexo de causalidade entre a colaboração e a identificação; ineficácia quanto ao fim pretendido pela lei), se as circunstâncias objetivas não forem favoráveis ao réu, ou ainda se este for reincidente, deverá o juiz-presidente prolatar sentença condenatória, reduzindo porém a pena aplicada, de um a dois terços (art. 14).

Por respeito aos princípios da soberania dos veredictos e do juiz natural, ao Tribunal Popular está reservada a aferição dos requisitos objetivos e subjetivos, sob pena de ofensa à Constituição Federal. Tanto a negativa de formulação de quesitos relacionados às teses que se possam extrair da lei em tela, quanto sua restrição, subtraindo-se do Conselho de Sentença o exame de qualquer das condições (objetivas ou subjetivas), caracterizam vício insanável e rendem ensejo à declaração de nulidade por ofensa aos princípios constitucionais da soberania do Júri e da plenitude da defesa⁽⁵⁾.

A tese do perdão judicial seria desdobrada em quatro quesitos, assim redigidos: "a) o acusado colaborou efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal? b) dessa colaboração resultou a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa?"⁽⁶⁾ c) o acusado é primário? d) as circunstâncias do crime e a personalidade do acusado autorizam a concessão do perdão judicial?". A resposta negativa a qualquer dos quesitos prejudica os subseqüentes.

Eventualmente afastado o perdão judicial, negado que seja qualquer dos requisitos (art. 13, *caput*, I, e parágrafo único), conforme o caso, o acusado poderá beneficiar-se, ainda, da causa de diminuição de pena, que atua de forma subsidiária, por não exigir a "efetividade" da colaboração (eficácia em relação aos efeitos pretendidos pela norma), nem primariedade ou personalidade e circunstâncias favoráveis. Note-se que, desde que sustentada em plenário a tese que consubstancia o perdão judicial, negada esta, o juiz-presidente estará obrigado a indagar a respeito da causa de diminuição, formulando quesito único, nos seguintes termos: "o acusado colaborou voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime?"⁽⁷⁾.

Na hermenêutica penal, à luz dos princípios erigidos ao patamar constitucional, deve-se privilegiar a interpretação que traduza, para o processo, a maior eficácia da norma em homenagem à ampla defesa. Em especial relevo no Tribunal do Júri, afastar a soberania do voto em restrição ao sistema de proteção das liberdades é fomentar o autoritarismo e reduzir a dignidade da pessoa humana a um enunciado pálido, sem conteúdo, meramente formal, lançado numa "folha de papel"⁽⁸⁾.

NOTAS

(1) V. a respeito: FERRAJOLI, Luigi. "Diritto e Ragione - Teoria del Garantismo Penale", 5ª ed., Roma-Bari, Laterza, 1998, p. 858; e AZEVEDO, David Teixeira de, in *Boletim do IBCCRIM* nº 83 - outubro/99.

(2) "Art. 13- Poderá o juiz, de ofício ou a requeri-

mento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso".

(3) "Art. 14- O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços".

"Na hermenêutica penal, à luz dos princípios erigidos ao patamar constitucional, deve-se privilegiar a interpretação que traduza, para o processo, a maior eficácia da norma em homenagem à ampla defesa."

(4) Cf. JESUS, Damásio E. de, in *Boletim do IBCCRIM* nº 82 - setembro/99.

(5) Tivemos a oportunidade de sustentar tais teses em plenário do Júri, em 13.12.99, logo após o advento da Lei nº 9.807/99, na Comarca de Betim/MG (Processo nº 02799004306-2), em conjunto com a defensora pública Leticia Barra Vieira; teses negadas, respectivamente, por 5 votos a 2 e 4 votos a 3, portanto admitidas à quesitação pelo juiz-presidente.

(6) Nos crimes conexos submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri, poder-se-iam formular também os seguintes quesitos: "dessa colaboração resultou a recuperação total ou parcial do produto do crime?" (art. 13, III); "o acusado colaborou voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na recuperação total ou parcial do produto do crime?" (art. 14, *caput*).

(7) Nos crimes tentados (art. 14, II, CP), seria possível, em tese, invocar a causa de diminuição de pena, ainda com base no art. 14, *caput*, da Lei nº 9.807/99: "o acusado colaborou voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na localização da vítima com vida?".

(8) LASSALE, Ferdinand. "Que es Una Constitución?", Buenos Aires, Ed. siglo veinte, 1943, p. 61, trad. W. Roces.

O autor é defensor público em Minas Gerais, professor de Processo Penal da UFJF e mestrando em Ciências Penais pela UFMG.

Primeiras Reflexões em Torno do Indulto (Decreto nº 3.667 de 21 de Novembro de 2000)

MAURÍCIO KUEHNE

Juízo açodado em relação a novos textos legais é extremamente perigoso, contudo se faz mister ante a relevância do tema e os destinatários, ou seja, os condenados a penas privativas de liberdade que, nos cárceres, ansiosos, aguardam alguma minimização às suas situações quanto à execução da pena. Assim, intitulamos **primeiras reflexões**, para despertar o estudo em relação à temática, mesmo porque, apenas em relação aos casos concretos é que o Direito outorgado à clemência exsurgirá de forma, agora, condicional, consoante será alinhado.

Em 21 de novembro, conforme publicação contida no *Diário Oficial* de 22 seguinte, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República, seguindo tradição, sancionou o decreto concessivo de indulto e comutação (*redução*) de penas aos condenados passíveis de receber a clemência outorgada pelo Chefe da Nação, embaçada em preceito constitucional.

Movido por razões de política criminal, e principalmente atendendo aos reclamos da sociedade, que está a pedir medidas mais drásticas em sede jurídico-penal (contrariando, neste particular, o posicionamento sustentado por penalistas) a clemência outorgada vem de encontro (contraria, pois) às anteriores concessões. Com efeito, até a edição do último decreto em 1999, várias outras situações eram enquadradas como possíveis à causa extintiva da pena, ou à sua redução em termos proporcionais. O decreto recém-editado, entretanto, além de expungir anteriores hipóteses (v.g. condenados com filhos menores de 12 anos), reduziu o tempo da condenação para quatro anos, o que irá beneficiar um número restrito de condenados.

Além disso, incluiu outras vedações, as quais não constavam dos anteriores decretos e possibilitavam ao condenado beneficiar-se (crimes de homicídio doloso; roubo qualificado em qualquer modalidade e crimes contra o sistema financeiro nacional), além de manter as restrições no que concerne aos crimes hediondos ou assemelhados, neste aspecto, por força de vedação expressa contida na Carta Magna. Digase, aqui, que foi corrigido anterior equívoco, posto que se defendia a possibilidade de redução (comutação) de pena a crimes hediondos ou assemelhados, decorrente da omissão, no texto do decreto de 1999, do termo *comutação*, o qual, consoante apregoamos, se insere como *indulgência parcial*, e como tal nossas Cortes (Tribunal de Justiça e de Alçada do Paraná), de forma a nosso ver escorreita, não vêm deferindo os pleitos que são formulados. Frise-se, outrossim, que o Superior Tribunal de Justiça, de igual sorte, entendeu que a *comutação da pena* nada mais é do que senão *indulto parcial* e, como tal, a vedação decorre de texto constitucional para qualquer forma de clemência.

Mantém-se, com maior precisão técnica, o indulto humanitário (art. 1º, IV), exigindo-se situação extrema, vale dizer, *situação de morte iminente*, a fim de não se repetir o caso de Brasília, quando determinado réu, beneficiado que foi pelo indulto humanitário, tão só porque apresentava *estágio avançado de moléstia grave e irreversível*, mas não se configurava o

estágio terminal, recebeu a clemência, e dias após, praticou hediondo crime que chocou a Nação brasileira.

Por outro lado, aspecto que chama a atenção, não pela novidade, pois já tivemos experiência anterior, diz respeito às condições que deverão ser estabelecidas, posto que, apenas cumpridas referidas condicionantes, é que a outorga da clemência poderá ser reconhecida pelo Juízo de Execução, depois de pronunciamentos do Conselho Penitenciário e do Ministério Público. Óbvio que os órgãos em referência também deverão ser ouvidos antes da concessão da clemência de forma condicional, pois a interveniência dos mesmos decorre de imperativo legal (Lei de Execução Penal, arts. 67 e 69, dentre outros). Assim, a concessão do indulto somente se aperfeiçoará vencidas as condições que deverão ser estabelecidas, ensejando o descumprimento das mesmas o retorno à situação anterior, não se computando, na pena, o tempo em que esteve solto o condenado.

Resguarda-se a prudência do Juízo de Execução no que atine às hipóteses passíveis de indulgência e cometidos os crimes com violência ou grave ameaça à pessoa (lesão corporal, v.g.). Nestes casos, a concessão do indulto "*ficará subordinada à constatação pelo juiz de condições pessoais que façam presumir que não voltará a delinquir*".

Possibilita-se, a nosso ver, a outorga dos benefícios aos condenados que cometeram crimes que não se inserem nas vedações contidas no texto, uma vez que a regra concernente à somatória das penas (art. 9º) determina a exclusão dos benefícios das situações previstas no art. 10. Assim, pelo crime remanescente, não há impedimento à *benesse*. Ousamos, todavia asseverar que eventual concessão de algum benefício somente poderá ser efetivada depois de cumprida a pena do crime impeditivo à clemência. Assim, suponha-se condenado por crime de homicídio doloso e furto simples. Em relação ao homicídio doloso existe vedação expressa a qualquer benefício, o que não ocorre quanto ao furto; daí por que, cumprida a pena do crime mais grave (art. 76 do Código Penal), e satisfeito o requisito temporal quanto ao crime remanescente, não vemos impedimento ao benefício, cumpridas as demais condições estabelecidas.

Enfatize-se, por derradeiro, que o decreto abarca um vasto número de situações, inclusive no que concerne à outorga dos benefícios a quem não se encontra privado de liberdade, mas em cumprimento de condições outras estabelecidas. Em hipóteses tais, não há dúvida de que os destinatários poderão beneficiar-se; contudo, prioriza o decreto os processos de condenados presos (§ 2º, art. 11).

Por certo alguns aspectos não se encontram focalizados, o que procuraremos fazer em oportunidade outra, sem prejuízo de instar os leitores no sentido de despertar questionamentos quanto ao tema.

O autor é professor de Direito Penal da Faculdade de Direito de Curitiba e membro dos Conselhos Penitenciário do Estado do Paraná e Nacional de Polícia Criminal e Penitenciária.

CADASTRE-SE

Atualize seu cadastro com o IBCCRIM. Não deixe de receber os materiais que o instituto envia aos associados. Informe-nos de quaisquer alterações. Depto. Administrativo Financeiro E-mail: ibccrim@ibccrim.com.br e tel.: (11) 3105-4607 Rua Onze de Agosto, 52 - 5º andar São Paulo - SP - CEP: 01018-010

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE

Aos estudantes da graduação, o Boletim dedica uma seção exclusiva. Participem enviando seus artigos ao nosso informativo. Aguardamos sua participação!

Dançando no Escuro com o Sistema Penal

MAURICIO ANTONIO RIBEIRO LOPES e VERA MARIA DE OLIVEIRA NUSDEO LOPES

1. A sinopse

Selma, uma mulher tcheca portadora de uma doença hereditária que lhe tira gradativamente a visão, numa pequena localidade no interior dos Estados Unidos, possui um único objetivo na vida: trabalhar à exaustão com o fim de economizar dinheiro suficiente para uma cirurgia em seu filho, Gene, acometido do mesmo mal.

Trabalha em jornada dupla numa fábrica de bacias de alumínio (depois de fraudar o exame médico), prende grampos de cabelos em cartões para obter algum recurso extra e envolve todos que a cercam na mesma atividade que lhe prestam uma silenciosa e ignorada solidariedade. De todos procura ocultar a razão de seu esforço (diz que o dinheiro é para seu pai que ainda está na Tchecoslováquia), mesmo de seu filho, para que não se preocupe e não tenha precipitado o mal, uma vez que só poderia ser operado ao completar treze anos. Seu fervor em economizar os recursos para a cirurgia é tanto que nem uma bicicleta usada pode dar ao filho em seu aniversário e são seus amigos e vizinhos quem o fazem.

Selma é a melhor imagem de um povo que trabalha só por um objetivo, a sobrevivência, ainda que nem seja a própria, pois ela mesma em breve perderá a visão e nada mais poderá fazer, a não ser sonhar com os musicais que lhe percorrem a mente em rápida distração durante o batente. Em tudo ouve música e imagina coreografias no melhor estilo dos primeiros cinemas de exportação do *american way of life*, como suprema conquista da civilização (ora!). Começa a substituir o que não poderá ver, pelo o que pode ouvir ou imaginar. Como o povo que se dopa diante da televisão (na melhor das hipóteses) sonhando com o que não pode ter, não ser.

Mora num *trailer* alugado de um casal americano que ostenta mais do que tem. De certa forma um retrato da civilização capitalista à beira do colapso da globalização. Ele, o marido (sinistramente parecido com Bill Clinton), um mero policial, herdou algum dinheiro e o gastou em mimos para a caprichosa esposa. Está prestes a perder a casa pelo vencimento da hipoteca e pensa num sofá novo, objeto de desejo da mulher. Não há nenhuma crença no amor desta, apenas na conveniência de sua capacidade econômica.

Conquista a confiança de Selma, que como o povo enganado pelo capital, confia-lhe, em retribuição a outra confissão, seu segredo supremo. Mal sabe que aí está a chave de sua desgraça — e de resto, a de todos nós, povo trabalhador. Disfarçadamente, percebendo ocasionalmente o já avançado estado da doença de Selma, descobre onde ela guarda suas economias e no dia seguinte ele as retira clandestinamente.

Nesse dia, antes de descobrir-se furtada,

Selma, que acabara de ser despedida da fábrica pela evidência de sua cegueira, com a indenização e o dinheiro já acumulado pretende deixar paga a cirurgia de seu filho, como estivesse a prever as dificuldades que lhe surgiriam.

Entra em seu *trailer* e descobre vazia a lata onde guardava o dinheiro. Vai à casa de seu senhorio, no mesmo quintal, pede que lhe devolva o dinheiro, engalfinha-se em luta e acaba, no início acidentalmente, depois a pedido do próprio senhorio ferido, atingindo-o com diversos tiros e golpes com uma caixa de metal. Salva seu dinheiro e corre ao cirurgião para pagar a futura operação de seu filho. Sua única arma para isso tudo, o silêncio, a certeza de que ninguém acompanha seus passos ou sabe de sua intenção.

É presa, acusada de latrocínio e vai a julgamento, afinal, para toda a sociedade era o senhorio, vítima, quem tinha a riqueza, pois a ostentava e Selma, pobre diaba, só tinha o seu trabalho, nenhum capital. Revelar a verdade no julgamento seria arriscado para Selma, pois se condenada, o dinheiro com que houvera pago a futura cirurgia de seu filho poderia ser tomado do médico e devolvido à viúva. Mantinha a versão de que mandava o dinheiro para seu pai, na Tchecoslováquia — pessoa que nem conhecera e que lhe inventara o nome de um dançarino de sapateado. Mantém-se em absoluto silêncio em relação à verdade e é condenada à morte, executada, depois, com sádica crueldade.

2. O quê queremos dizer com isso ou, mais simplesmente, e daí?

Pode parecer inacreditável, mas sobrevive-se à dolorosa experiência de se assistir o filme *"Dançando no Escuro"*, do diretor dinamarquês **Lars von Trier**. Jamais, em toda nossa vida, vimos algo tão doloroso no cinema. Verdade que Selma morreu segurando os óculos de seu filho Gene, operado dias antes e que agora não mais corria o risco de perder a visão, mas seria isso uma vitória? Há quem diga que no fim ela saiu-se vencedora, mas a que preço? Seria necessário entregar a vida no presente para que seu filho tivesse algum futuro?

E o que tem o sistema penal a ver com isso? Tudo, porque nada do que é humano nos é estranho também nesse campo. A mera perspectiva de que a Justiça foi impiedosamente racista — Selma era estrangeira —, ideologicamente contaminada — Selma vinha de um país comunista —, classista ao extremo — Selma era pobre, miseravelmente pobre — tudo isso compôs o quadro onde nem mesmo a verdade de Selma — se tivesse sido declarada — lhe serviria de salvação.

Isso coloca uma nova e importante questão: a verdade nem sempre é um bom argumento no processo penal. Claro que não

caberia aqui discutir o mito da verdade real no processo, mas a maneira simples, quase infantil e perigosamente clara como se revela aos olhos de Selma — como se só isso pudesse ver — que a verdade não lhe serviria em nada naquele julgamento.

Tal conclusão deveria trazer para nós, operadores do Direito míopes, caolhos, cegos ou mesmo os mais iluminados e clari-videntes, uma vergonha abissal. A lei, a Justiça, os operadores, nada está totalmente preparado para suportar a verdade.

Claro que já estamos a fazer aqui uma simplificação drástica de algumas das muitas mensagens do filme. A história de *"Dançando no Escuro"* não é a do *"Processo"* e Selma não deve ser confundida com Joseph K., ao contrário, é a sua completa negação. Sabe porque está sendo processada, sabe porque será condenada e porque será morta e aceita tudo isso como resultado natural para o seu destino. É a única forma de alcançar seu objetivo.

Kafka, em *"O Processo"*, mostra os riscos do Estado totalitário e dos absurdos ao direito que esse modelo proporciona. **Lars von Trier**, em *"Dançando no Escuro"*, mostra o que o neo-liberalismo fez com o Estado, desconstituindo-o de suas funções, reescrevendo seu papel e desintegrando os direitos das pessoas. *"O Processo"* representa um drama local, *"Dançando no Escuro"*, um drama global.

E aí entramos nós, os operadores do Direito, absolutamente incapazes de penetrar nos meandros da verdade secreta que cada caso fora dos estereótipos usuais contém em si mais do que revela. Nós, comprometidos com apenas alguns valores sociais, morais, econômicos, políticos, culturais, com nossa ética de supermercado, com nossa dogmática de rigor ocasional, nossa volátil jurisprudência, somos apenas capazes de compreender verdades pré-moldadas.

Nós, pobres de nós, mais pobres do que Selma que afinal tinha um objetivo, incapazes de enxergar a dimensão do humano nos fatos que nos cercam só podemos ter por balada a profecia de **Brecht** que implorava, *"um dia, quando o homem puder ser amigo do homem, pensem em nós, com indulgência"*.

De nossa parte, por Selmas e Selmas, que silenciosamente condenamos à morte ou à vida sem esperança nem alegria, pedimos perdão. Não o perdão fácil porque simplesmente não fizemos nada, mas o perdão condicional por não termos feito nada até agora.

Mauricio Antonio Ribeiro Lopes é professor livre-docente da Faculdade de Direito da USP e promotor de Justiça em São Paulo;
Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes é mestre em Direito Administrativo, jornalista e procuradora do Estado.

A Questão da Retroatividade da Lei dos Crimes de Responsabilidade Fiscal

ALICE BIANCHINI

A recente lei que alargou o rol dos crimes de responsabilidade fiscal — nº 10.028/00 — trouxe sérias inquietações ao mundo político. É interessante observar que grande parte da polêmica girou em torno de eventuais implicações de caráter penal que poderiam incidir chefes do executivo municipal, deixando de se dar conta de que a lei criminaliza condutas, também, passíveis de serem praticadas por outros administradores públicos. Seu âmbito de abrangência, portanto, estende-se para além daquilo do que foi o objeto principal de preocupações.

Como recentemente todo o foco de atenções estava voltado para a sucessão municipal, talvez encontre-se aí a explicação para que o temor em relação às novas condutas previstas pela lei tenha se dirigido, quase que exclusivamente, à chefia do poder executivo do governo local. Note-se que a lei entra em vigor poucos dias antes de serem realizados o segundo turno das eleições.

As implicações mais sérias, entretanto, no que se refere à possibilidade de a lei vir a incidir sobre casos pretéritos, alcança os níveis estadual e federal da administração pública. A questão é eminentemente técnica e precisa ser bem compreendida. Para tanto, faz-se necessário, inicialmente, ter em conta que a lei cuida de duas espécies de sanção, conforme se trate de ilícito penal ou de ilícito político-administrativo. No primeiro caso, prevê pena privativa de liberdade; no segundo, a perda de cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública. Quando se trata das condutas consideradas como ilícitos penais (o primeiro caso), a vedação é absoluta e decorre de previsão constitucional (art. 5º, XXXIX). Portanto, não há nenhuma razão para se discutir sobre eventual retroatividade de uma lei de caráter penal. Esta possibilidade não existe. Mas, em se tratando de ilícito político-administrativo, a questão é bem diferente, pois o tema comporta discussões.

A lei recém-promulgada inova o conteúdo de três outras diferentes normas: Código Penal, Lei nº 1.079/50 e Decreto-Lei nº 201/67. No que se refere ao Código Penal (e foi nele que se incluiu a norma que determina pena de reclusão de 1 a 4 anos para o governante que gaste mais do que arrecade ou que deixe dívidas para o seu sucessor — art. 359-C — e que tanto preocupou prefeitos), não há qualquer dúvida de que a possibilidade de a Lei retroagir inexistia, pois se trata de ilícito penal. Também é o que ocorre em relação às inovações estabelecidas no Decreto-Lei nº 201/67, já que o seu art. 1º, § 1º prevê sanção penal, ainda que estabeleça, conjuntamente, no caso de condenação definitiva, a perda do cargo e a inabilitação, pelo prazo de 5 anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, além da reparação civil do dano causado (§ 2º). São normas penais e, como tais não retroagem, senão para beneficiar o réu — o que não é o caso.

No que se refere à Lei nº 1.079/50, entretanto, a questão passa a ser controversa na medida em que, embora chame de crimes as condutas que descreve, em verdade, a lei não

prevê nenhum tipo penal. As punições cominadas são, todas, exclusivamente, de natureza político-administrativa. Não sendo lei penal, em essência, surgem controvérsias em torno da possível punição de condutas anteriores ao momento em que a lei entrou em vigor.

A possibilidade de o agente político vir a ser responsabilizado por fatos que tenha praticado antes de se tornarem ilícitos (ainda que só administrativo-políticos) causa perplexidade. Estaria-se dando consequências (que, no caso da lei, são gravíssimas) a condutas que, quando praticadas, eram totalmente regulares. É certo que o administrador não pode ser responsabilizado nestes casos, seja a que título for. Entendimento contrário implicaria em profunda e descabida intranquilidade para os administradores públicos, na medida que um ato normal praticado hoje, no porvir, poderá vir a ser considerado irregular ou ilegal. Não é a isto que serve o Direito.

O risco que os agentes políticos de nível federal e estadual correm é de serem condenados pelo Senado Federal (no caso do presidente) ou pela Assembléia Legislativa (em se tratando de governador) no processo administrativo que investiga a prática (anterior à sua vigência) de uma das novas condutas acrescentadas à Lei nº 10.79/50 e, buscando alteração pela via judicial, não obterem êxito de causa, por entender, o órgão julgador, tal qual a instância política que os condenou, que, em se tratando de ilícito de natureza político-administrativa, nada obsta venha a lei a retroagir, alcançando os fatos praticados antes da sua vigência. Não é, entretanto, o que se espera que ocorra, vez que as garantias, sendo materiais (como é o caso da que se analisa), também passam a ter validade para os ilícitos da natureza dos que são contemplados na Lei nº 1.079/50.

A Constituição é omissa a respeito do assunto. Mais do que isto: prevê, expressamente, a proibição de a norma vir a retroagir, porém, refere-se, com exclusividade, à categoria penal (inc. XL, art. 5º). Estaria isto a significar que para os demais ilícitos poderia alguém vir a ser responsabilizado por aquilo que era permitido (ou pelo menos não era proibido) ao tempo em que o praticou? Parece que esta interpretação não se encontra autorizada, principalmente porque há, na Carta, preocupação com garantias de ordem material, a serem respeitadas nos processos administrativos. Assim é que o inc. LV, art. 5º, assegura, mesmo no processo administrativo, o contraditório e a ampla defesa. É com vistas a esta última determinação que se deve interpretar a Constituição, para retirar de seu conteúdo implicações que mais se harmonizem com critérios de razoabilidade e justiça.

Sendo assim, espera-se que, também nos níveis estadual e federal, quando se trate de infração político-administrativa, não venha a lei a ter qualquer aplicabilidade em relação aos casos ocorridos antes da sua vigência.

A autora é doutora em Direito Penal pela PUC-SP e diretora do Conselho Editorial do site www.direitocriminal.com.br

AGENDA

A agenda de cursos e seminários regionais para 2001 está sendo formulada. Aguarde nos próximos boletins a agenda para a sua região. Estamos abertos para contatos e realizações de eventos em qualquer cidade do país. Entre em contato conosco pelo e-mail: comkt@ibccrim.com.br ou por tel.: (11) 3105-4607, ramal 43

ARTIGOS PARA O BOLETIM

Os interessados em escrever para o Boletim, podem enviar artigos, desde que inéditos em qualquer veículos, Internet inclusive.

Estes devem ser enviados por e-mail (publicacoes@ibccrim.com.br) ou por correio, com disquete.

Favor atentar aos limites de 60, 98 ou 152 linhas, em espaço duplo e corpo 12.

Participem!

A sua colaboração é fundamental!

Prisão Preventiva Obrigatória: Crueldade ou Tolice?

FELIX VALOIS

Salvo se interessados na história do Direito, os profissionais mais jovens não sabem (e acharão difícil de acreditar) que o atual Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 03.10.41) entrou em vigor com o seguinte dispositivo:

"Art. 312 - A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos".

Essa aberração, por incrível que pareça, permaneceu no mundo jurídico brasileiro por longos vinte e seis anos.

É curioso que, oriunda da ditadura do Estado Novo, ela tenha encontrado seu tardio funeral já nos domínios de outra ditadura, a de 64, quando a Lei nº 5.349, de 03.11.67, deu ao art. 312 a redação de hoje, a saber:

"Art. 312 - A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova de existência do crime e indícios suficientes da autoria".

Mais curioso, porém, e mais deplorável é que hodiernamente, agora mesmo, em pleno Estado Democrático de Direito e sua Constituição cidadã, o Congresso Nacional esteja perdendo parte de seu precioso tempo para discutir a possibilidade de restaurar aquele monstro. Travestido, é verdade, mais tímido, sem que por isso deixe de ser ameaçador e odioso.

Com efeito, o deputado **Luiz Antônio Fleury**, do PTB de São Paulo, apresentou à consideração dos seus pares o Projeto de Lei nº 01.237, de 1999, assim ementado:

"Modifica a redação dos artigos primeiro, segundo, oitavo e nono da Lei nº 8.072 - Lei dos Crimes Hediondos, de 25 de julho de 1990" (site da Câmara Federal na Internet - www.camara.gov.br).

Na mesma publicação eletrônica é possível ler o que ali se denomina *"explicação da ementa"*:

"Proibindo a suspensão condicional da pena e substituição da pena de reclusão por restritiva de direito ou multa; obrigando a decretação de prisão preventiva por ocasião do recebimento da denúncia nos processos por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e de terrorismo".

Tal preciosidade de embrião legislativo foi apensada a outra pérola, esta cultivada pelo deputado **Glycon Terra Pinto**, do PL de Minas Gerais, segundo a qual *"o réu acusado de crime hediondo não poderá apelar nem pagar fiança, sem recolher-se à prisão"* (Projeto de Lei nº 0.666, de 1999, mesma fonte).

De longa data se vem discutindo os efeitos deletérios que o movimento denominado *Law and Order* (cujas origens tinham que se achar nos Estados Unidos da América) vem exercendo sobre a produção

legislativa penal no Brasil. Todos os problemas atinentes à criminalidade — é o que proclamam os corifeus da nova ordem — estarão resolvidos na medida em que as leis repressivas sejam mais e mais draconianas, distribuindo penas rigorosas a mancheias e dificultando, tanto quanto possível, a manutenção do *status libertatis* dos que se vejam às voltas com a justiça criminal.

Discorrendo sobre a Lei nº 9.677, de 02.07.98, aquela que identificou cosméticos com alimentos, o insigne **Alberto Silva Franco** já advertiu com ênfase:

"Todos os problemas atinentes à criminalidade — é o que proclamam os corifeus da nova ordem — estarão resolvidos na medida em que as leis repressivas sejam mais e mais draconianas, distribuindo penas rigorosas a mancheias e dificultando, tanto quanto possível, a manutenção do status libertatis dos que se vejam às voltas com a justiça criminal."

"Leis penais reformadoras do Código Penal ou leis penais criadoras de novas incriminações tomaram conta da década de 90. A improvisação, o caos, a carência de rigor científico, o conúbio com os meios de comunicação, a preocupação em dar uma tutela penal fortemente antecipada geraram o uso simbólico do Direito Penal e proclamaram a atuação do controle penal em termos de um eficientismo que só tem cabimento ao preço da violação de garantias fundamentais, formais ou substanciais. A hipertrofia de delitos provocada pela massa imensa e confusa de normas penais põe em xeque a própria validade e a coerência do Código Penal como um sistema coordenado de proibições e punições, impondo-se de forma cada vez mais nítida a necessidade de colocar-se um freio à frenética capacidade repressiva do legislador" (Boletim IBCCrim, nº 70, set/98).

Na linha de mira dessa crítica, tão avassaladora quanto verdadeira, está, sem dúvida, o produto fértil e deplorável da imaginação do deputado paulista.

Mesmo antes da promulgação da Carta de 88, qualquer estudante de direito mais aplicado sempre teve a obrigação de saber

que a prisão preventiva, por sua própria natureza e destinação, é providência excepcionalíssima, a se empregar somente em casos em que o interesse público supere de muito a impostergável exigência de manutenção da liberdade, indicando a necessidade de encarceramento antes de decisão condenatória com trânsito em julgado. Não é por acaso que ela, a prisão preventiva, é conhecida no jargão jurídico como *medida vexatória*.

Também não é fruto da álea a determinação do art. 315, do Código de Processo Penal, com a redação que lhe deu a mesma Lei nº 5.349, segundo o qual *"o despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado"*, numa antecipação vintenária do preceito insculpido no inc. LXI do art. 5º da Constituição Federal.

Hoje, portanto, cogitar de prisão preventiva obrigatória, seja pelo *quantum* da pena cominada em abstrato, como ocorria no direito revogado, seja pela modalidade de crime, como pretende a proposição legislativa, é primária e absurda insurgência contra a norma constitucional.

Mas não é só isso.

Ninguém, neste país semimilenar, sabe o que é um crime hediondo. Sabe-se apenas quais são os crimes que o legislador entendeu de rotular de hediondos, na medida em que a lei respectiva não definiu o conceito. Vale dizer, repetindo idéia nem um pouco original: o legislador brasileiro coseu um saco, no qual depositou o produto inicial de sua hedionda colheita, deixando aberta a larga boca do recipiente para ali ir armazenando, de acordo com os interesses da mídia e o humor dos poderosos, os frutos da plantação legislativa penal que se lhe afigurem atacados pela praga da hediondez.

Foi assim, para ficar num só exemplo, que o homicídio qualificado acabou nessa vala comum, impossibilitando, entre outras coisas, que o acusado por sua prática obtenha o benefício da liberdade provisória.

Em causa que tive sob meu patrocínio, no 1º Tribunal do Júri de Manaus, já tive oportunidade de assim me manifestar:

"Ocorre, entretanto, que a Lei nº 8.072, de 25.07.90, com as alterações impostas pela Lei nº 8.930, de 06.09.94, em considerando o homicídio qualificado como crime hediondo (art. 1º, inc. I), veda, no caso concreto, a adoção dessa providência — concessão da liberdade provisória (art. 2º, inc. II, última parte), uma vez que a denúncia capitulou a conduta dos acusados como incursa nas sanções do art. 121, § 2º, inc. IV, última figura, vale dizer, entendeu que o homicídio se deu com recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa da vítima, o que perfaz o tipo qualificado."

"Não se pretende aqui reacender a discussão sobre a inconstitucionalidade absoluta do dispositivo, pelo ângulo de

RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA

O Projeto Preliminar de Reforma do Código Penal Italiano - Parte Geral, formulado pela Comissão Ministerial presidida por Carlo Frederico Grosso, e integrada, dentre outros, por Pallazzo e Pulitano, não adota a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Tal projeto foi apresentado em setembro passado e está disponível no site: www.giustizia.it/ministro/com-stampa/cs2000/cx150900a.htm

CURSO DE CRIMINOLOGIA

O IBCCRIM informa que o curso "A Criminologia e a Justiça Penal", divulgado no Boletim 93/Agosto, foi transferido para junho de 2001. Aos interessados, o programa está disponível em nosso site: www.ibccrim.com.br

Reserva de vagas e informações: Depto. de Comunicação e Marketing Tel.: (11) 3105-4607 E-mail: comkt@ibccrim.com.br

➔ ferir o inc. XLIII do art. 5º da Carta, na medida em que amplia ele restrições à liberdade não previstas pelo legislador constituinte. **Pede-se, porém, vênua a Vossa Excelência para sustentar idêntica inconstitucionalidade da lei ordinária (Lei nº 8.072, de 25.07.90), por ofensa às garantias do contraditório e da ampla defesa, consagradas no inc. LV do art. 5º da Lex Legum, bem como ao princípio da presunção de inocência, consubstanciado no inc. LVII do mesmo dispositivo.**

Senão vejamos: O processo penal repousa na relação triangular entre as partes e o juiz. De um lado, o Ministério Público a sustentar a pretensão punitiva do Estado e, de outro, a defesa, manifestando as teses de interesse do acusado, ambos submetendo ao arbítrio final do magistrado as suas argumentações.

Trata-se de postulado inarredável da ciência processual que, nessa triangulação, as partes terão tratamento rigorosamente igualitário, de forma a permitir que do terço de seus argumentos exsurgirá a verdade, como pressuposto para a aplicação da verdadeira justiça.

No caso concreto, o óbice à concessão da liberdade provisória reside apenas no fato de que suas condutas foram tipificadas como homicídio qualificado.

Mas aí impõe-se a pergunta chave para o deslinde da questão: **Quem operou essa tipificação?**

E a resposta é de clareza meridiana: Foi o Ministério Público, uma das partes no processo, sem que a outra parte, a defesa, tivesse tido qualquer oportunidade de contraditória-la.

Onde é possível encontrar exemplo mais claro, mais evidente, mais chocante de ofensa mortal ao princípio do contraditório?

Nem se diga que onde a lei não distingue não é dado ao intérprete ou ao aplicador distinguir, para chegar à conclusão de que, em havendo a vedação, não pode o julgador se furtar à imposição legal.

É que a ordem jurídica é um sistema e, como tal, não pode admitir conflito, senão aparente, entre as normas que o integram.

Ora, estabelecendo a Constituição da República que 'ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal' (art. 5º, inc. LIV) e estatuinto, a seguir, que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória' (idem, inc. LVII), não pode o legislador ordinário estabelecer outras restrições ao direito de liberdade além daquelas permitidas pelo texto maior, antes de que se cumpra integralmente o due process of law e o magistrado conclua pela

procedência da pretensão deduzida na vestibular acusatória.

Isto porque a denúncia, inaugurando a ação penal, nada mais é que um prévio juízo de valor emitido pelo representante do Parquet, sem qualquer característica de um convencimento definitivo, precisamente porque não se operou ainda a instrução criminal, com as garantias do contraditório e da ampla defesa. Tanto isso é verdade que nada impede a posterior mudança de entendimento do agente ministerial, da mesma forma como não fica o juiz adstrito à classificação por ele proposta.

Não fora assim e nos processos em que a ritualística não prevê a fase preliminar de resposta à denúncia (como é o caso dos que estão no âmbito da competência do Tribunal do Júri), estaria o cidadão submetido ao puro e simples arbítrio do entendimento do Ministério Público que, ao seu exclusivo alvedrio, poderá denunciar por homicídio simples ou por homicídio qualificado, nesta última hipótese com as drásticas consequências que se

buscam contornar por via deste petitório.

Ora, uma situação desse tipo vai de encontro frontalmente aos princípios coordenadores da ordem jurídico-penal brasileira, na medida em que, como demonstrado, a liberdade e a presunção de inocência constituem a regra, e as exceções a esta só se podem compreender nos estritos limites do devido processo legal, dentro dos quais não de permanecer invioláveis as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Em outras palavras e em apertada síntese: o singelo fato de o Ministério Público entender, por via da denúncia, que determinado homicídio foi qualificado, enquadrando-o assim no rol dos crimes hediondos, não pode ter o condão de impedir a concessão da liberdade provisória que, uma vez preenchidos os requisitos legais, como no caso presente, é um direito do acusado e não mera faculdade do juiz".

As mesmas ponderações cabem, como luva e em tese, para o assunto deste artigo, a elas se devendo acrescentar apenas que o projeto de Lei nº 1.237, de 1999, além de pretender aumentar o elenco de inconstitucionalidades da lei dos crimes hediondos, é de indiscutível inutilidade no combate ao crime, representando somente um saudosismo doentio de tempos que deveriam estar para sempre esquecidos.

O Autor é advogado e professor de Direito Penal em Manaus. Atualmente exerce o cargo de secretário de Estado de Justiça, Direitos Humanos e Cidadania, no Amazonas.

"Hoje, portanto, cogitar de prisão preventiva obrigatória, seja pelo quantum da pena cominada em abstrato, como ocorria no direito revogado, seja pela modalidade de crime, como pretende a proposição legislativa, é primária e absurda insurgência contra a norma constitucional."

"Sabotagem Informática"

LUIZ GUILHERME MOREIRA PORTO

Dadas as recentes ações perpetradas por *hackers*, como a disseminação do vírus *I Love You* e outros, que vieram a contaminar o sistema de dados de computadores de quase o mundo inteiro, causando consideráveis transtornos e prejuízos para pessoas físicas e grandes companhias, ganhou destaque na mídia e no círculo jurídico nacional, a discussão sobre a possibilidade de punição criminal da sabotagem informática pelo nosso atual ordenamento jurídico.

O objetivo do presente trabalho é o de dar uma modesta contribuição para a resposta dessa importante questão, que se coloca aos operadores do direito. Mas, antes de ingressar em qualquer apontamento específico sobre o assunto, penso serem necessárias algumas considerações introdutórias, considerando o caráter inovador da matéria.

A sabotagem informática é uma modalidade da mais recente forma de manifestação delituosa, que é a chamada criminalidade informática, que compreende todas as lesões relacionadas com dados processados de maneira automática, sejam aquelas praticadas por meio do sistema informático ou da *Internet*, sejam aquelas praticadas contra os elementos lógicos do sistema, que são os dados e os programas dos computadores. Assim, há duas espécies de criminalidade informática: (a) a praticada através do sistema de informática ou da *Internet*, das quais são exemplos: a fraude informática e os demais crimes contemplados no Código Penal e na legislação penal especial: a calúnia, a difamação, a injúria, o estelionato, a violação de direito autoral, etc.; (b) a praticada contra os elementos de informática, das quais são exemplos: o furto de dados, a espionagem informática e a própria sabotagem informática, etc.

A sabotagem informática consiste na destruição ou inutilização dos dados ou programas de computadores, principalmente, através da introdução dos chamados *vírus* num sistema ou rede de computadores. É também conhecida como terrorismo ou vandalismo informático, sendo normalmente praticada pelos conhecidos delinquentes virtuais: os *hackers*⁽¹⁾. Além disso, é capaz de produzir enormes prejuízos através de uma única ação isolada, seja devido ao alto desenvolvimento alcançado pelos sistemas de comunicação que compartilham os atuais computadores, seja devido à possibilidade de concentração de um grande número de informações num pequeno espaço.

Nesse diapasão, o ensinamento do jurista espanhol **José Antonio Choclan Montalvo**: "*Los sistemas o medios empleados para la realización de estos delitos.... presentan la particularidad de que son susceptibles de producir un gran perjuicio mediante la realización de una sola acción*".⁽²⁾

Feitas essas observações preliminares, fica claro que a sabotagem informática consiste numa ação merecedora da mais séria reprovção penal, considerando os incontáveis danos que causa a bens jurídicos relevantes para os indivíduos e para a sociedade. Mas é hora de responder à questão objeto do presente estudo: dispõe a legislação penal

existente de mecanismos capazes de sancionar a sabotagem informática, sem ferir o princípio da legalidade, ou mais especificamente, o princípio da taxatividade? Ou em outras palavras: pode a sabotagem informática ser submetida a algum tipo penal existente no nosso ordenamento jurídico, sem que se faça uso da analogia *in malam partem*?

Existem aqueles que acreditam que sim, que a sabotagem informática poderia caracterizar o crime de dano, previsto no art. 163 do Código Penal, que dispõe: "*destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia. Pena - detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa*". Com todo respeito aos adeptos desse posicionamento, tenho para mim que não é possível a aplicação do delito de dano à sabotagem informática, sem que seja violentado o histórico princípio da legalidade. Vejamos.

Em primeiro lugar, deve ser lembrado que o dano é um crime contra o patrimônio, pois previsto no Título II do Código Penal, o que retiraria obrigatoriamente do âmbito de sua punição, as condutas de inutilização ou destruição de dados ou programas de computador sem valor pecuniário e/ou de utilidade, ou ainda que não acarretassem obrigatoriamente uma efetiva diminuição patrimonial. Nesse sentido, a lição do eminente jurista **Heleno Cláudio Fragoso**: "*o resultado de dano deve ser sempre de natureza patrimonial, representando perda ou diminuição de valor econômico ou de utilidade. Trata-se de crime contra o patrimônio*".⁽³⁾

Todavia, viriam os defensores dessa corrente dizer que, apesar de previsto como um crime contra o patrimônio, o dano é um crime contra a propriedade, que fica configurado quando uma ação reduz o poder de disposição sobre certo bem de terceiro, ainda que não possua valor econômico. E, por isso, estariam no âmbito de sua punição as ações de inutilização ou destruição de dados ou programas de computador, ainda que sem acarretar qualquer diminuição patrimonial, haja vista que estariam reduzindo o poder de disposição sobre referido bem.⁽⁴⁾

Se ainda é possível fazer alguma resistência a essa primeira objeção, não podemos dizer o mesmo no que diz respeito a uma segunda crítica àqueles que entendem que a sabotagem informática pode caracterizar o crime de dano. É que o crime de dano exige a destruição de *coisa* alheia, que é um dos elementos objetivos indispensáveis para o aperfeiçoamento desse específico tipo penal, e os dados de computador decididamente não possuem o *status* de *coisa*. Os dados de computador são bens incorpóreos, e como ensina **Nelson Hungria**: "*o objeto do crime de dano é a coisa móvel ou imóvel, devendo tratar-se obviamente de coisa corpórea no sentido realístico, pois somente essa pode ser danificada por ação física*".⁽⁵⁾

Não há como resistir a essa crítica. Falta à sabotagem informática um dos elementos imprescindíveis para o preenchimento do tipo penal do dano, que é a destruição de *coisa* alheia, uma vez que os dados de um computador não podem ser considerados como coisas passíveis de serem objeto do

referido crime. Aliás, qualquer tentativa de qualificar os dados de computador como *coisa* configuraria odiosa analogia *in malam partem*, completamente vedada pela Constituição e pelo nosso Direito Penal, que consagra o princípio da taxatividade.

Sendo assim, não há dúvida de que estamos diante de uma conduta praticada contra o sistema de informática (a sabotagem informática), que necessita a edição de um novo tipo penal para sua punição. Foi o que fez a legislação espanhola, na reforma do CP de 1995, como se depreende do novo art. 264.2, que diz respeito ao crime de dano: "*La misma pena se impondrá al que por cualquier medio destruya, altere, inutilice o de cualquier otro modo dañe los datos, programas, o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos*". No mesmo sentido, a legislação americana, alemã, austríaca (que todavia exige a produção de um prejuízo), etc.

Diante do exposto, podemos concluir que, apesar de merecedora da mais séria reprovção penal, a sabotagem informática não pode ser sancionada criminalmente pelo nosso atual ordenamento jurídico, sem que seja ferido o princípio da legalidade, ou sem que seja feito uso de odiosa analogia *in malam partem*. Talvez a maior prova dessa constatação possa ser extraída do fato de que se encontra em trâmite, no Congresso Nacional brasileiro Projeto de Lei nº 84/99, de autoria do deputado **Luiz Piauhyllino**, que veio a substituir o Projeto de Lei nº 1713/96, de autoria do deputado **Cássio Cunha Lima**, que prevê exatamente a punição da sabotagem informática, no seu art. 8º: "*apagar, destruir, modificar, ou de qualquer forma inutilizar, total ou parcialmente, dado ou programa de computador, de forma indevida e não autorizada. Pena - detenção de 1 a 3 anos e multa*".

Finalmente, devo acrescentar que não acredito que a elaboração de uma legislação penal rigorosa sobre os crimes de informática, que inclua a punição da sabotagem informática, irá coibir a ação dos aqui chamados *delinquentes virtuais*, ou fará cessar ou diminuir de forma significativa as fraudes praticadas via *Internet*. O que não significa que eu seja contrário a edição de um diploma penal sobre os crimes de informática; apenas entendo ser um triste e perigoso erro acreditar que a mera construção de uma lei penal seja capaz de enfrentar a criminalidade virtual. Na verdade, essa nova forma de delinquência deve ser combatida e enfrentada com tecnologia de ponta: sem que haja uma pronta dedicação à descoberta e pesquisa de incrementos tecnológicos capazes de impedir a ação dos criminosos virtuais, a simples edição de uma lei penal da informática exercerá, infelizmente, uma função meramente simbólica, como tantas outras do nosso passado recente.

NOTAS

⁽¹⁾ Conforme ensina **José Antonio Choclan Montalvo**: "*La teoría en el ámbito de la informática há acuñado el término Hacking o terrorismo lógico para referirse a los supuestos*" 

Entidades associadas com o IBCCRIM que recebem mensalmente o Boletim:

- Associação dos Juízes Federais do Brasil - **AJUFÉ AMAZONAS**
- Associação dos Magistrados do Amazonas
- Ministério Público 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
- GOIÁS**
- Associação Goiana 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
- PARÁ**
- Associação do Ministério Público do Estado do Pará
- RIO DE JANEIRO**
- Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (FESUDEPERJ)
- RIO GRANDE DO SUL**
- Inst. 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
- Complexo Jurídico Damásio de Jesus
- Curso C.P.C.
- Curso Forense - Ribeirão Preto
- Educacional Cidade São Paulo S/C Ltda. (CSECID)
- Secretaria de Estado da Administração Penitenciária
- Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo - SINDPESP
- Triumphus - Curso Preparatório para Carreiras Jurídicas - Sorocaba
- PERU**
- Departamento de Dignidade Humana da Comisión Episcopal de Acción Social (CEA's)

de vandalismo, terrorismo, destrucción de los elementos lógicos del sistema, que provocan perjuicios y están motivados por venganzas, chantajes, sabotaje o incluso por una muy sui generis curiosidad intelectual que caracterizaba como se dijo a los primeros hackers o manipuladores no autorizados de sistemas informáticos" ("Estafa por Computacion y Criminalidad Economica Vinculada a la Informática", in "Revista de Actualidade Penal", Editora La Ley Actualidade S/A, nº 2, p. 1.089.

(2) Obra citada, p. 1.089.

(3) "Lições de Direito Penal", Volume II, São Paulo, José Buschatsky Editor, 1977, p. 24.

(4) Em apoio a esse posicionamento, pode ser citado o julgado do TACrim/SP inserto na Revista *JU-TACRIM* 96/238.

(5) "Comentários ao Código Penal", Rio de Janeiro, Forense, 1949, p. 204.

O autor é advogado, mestrando em Direito Penal pela USP e professor de Direito Penal da Universidade Paulista - UNIP.

Uma das Interpretações ou a Única Interpretação Possível...

ANDRÉ LUIZ NOGUEIRA DA CUNHA

Os órgãos de imprensa noticiaram no mês de novembro que vários prefeitos municipais estavam em Brasília tentando obter empréstimos para saldar os débitos de seus municípios e também fazer pressão sobre o Poder Legislativo para que o início da vigência da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000) e dos crimes tipificados na Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000, fosse alterado, aplicando-se os novos diplomas legais a partir do próximo ano, quando assumem os novos prefeitos municipais.

Encerrou-se o movimento dos srs. prefeitos municipais, segundo a imprensa, com uma "derrota" e uma "vitória". Não conseguiram os empréstimos junto ao Poder Executivo da União, mas os chefes do Poder Legislativo fizeram uma interpretação da lei "mais benéfica" aos prefeitos municipais, dizendo que os crimes só teriam vigência sobre as condutas praticadas a partir de 20 de outubro deste ano.

A impressão para todos é que houve um favorecimento aos prefeitos municipais. Desde que houve a notícia, pergunta-se: Não é esta a única interpretação possível?

Ora, a chamada Lei de Responsabilidade Fiscal veio à lume em 4 de maio de 2000, regulamentando os gastos públicos, estipulando condutas aos administradores públicos, vedando atitudes consideradas, até pouco tempo atrás, como normais ou aceitáveis, ou, inclusive, de difícil caracterização, por ausência de norma específica a respeito. A chamada Lei dos Crimes de Responsabilidade Fiscal foi publicada em 20 de outubro de 2000, tratando de várias condutas típicas, incriminando várias vedações contidas na Lei Complementar nº 101/00.

O início de sua vigência foi em 20 de outubro de 2000, data de sua publicação.

Desde a revolução burguesa francesa, os princípios da irretroatividade da lei penal mais gravosa e o da anterioridade da lei, inseridos no da reserva legal, encontram guarida nos ordenamentos jurídicos dos Estados de Direito (cf. art. 8º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789), já estando presentes no Código Criminal do Império de 1830 (arts. 1º e 33).

A irretroatividade da lei é regra no nosso ordenamento jurídico já que a Constituição da República determina que toda lei nova não pode atingir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, inc. XXXVI).

Entretanto, a lei penal mais benéfica deve retroagir, o que não é o caso da lei que cria tipos penais, pois inova o ordenamento jurídico, tipificando condutas que antes eram indiferentes penalmente, ou modificando descrições típicas, abrangendo situações antes atípicas, em suma, a lei que cria crime só pode ser considerada *lex gravior*, irretroativa por força do mandamento constitucional (art. 5º, inc. XL).

Na realidade, os princípios da anterioridade da lei penal e o da irretroatividade da lei penal mais gravosa já estão inseridos no princípio da reserva legal, inscrito no art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição da República, e no art. 1º, do Código Penal, pois só se pode punir alguém por conduta descrita tipicamente na lei, após o início da vigência desta, já que a atividade da lei só passa a existir com a sua vigência.

Não é tão difícil entender isso, será? As pessoas, nas ruas, têm reclamado da "saída" encontrada para o problema dos prefeitos municipais. Era possível outra saída?

As condutas praticadas pelos prefeitos municipais que se subsumirem às vedações constantes da Lei de Responsabilidade Fiscal, em vigência desde maio deste ano, poderão, eventualmente, ser punidas com base na Lei nº 8.492/92, a conhecida Lei de Improbidade Administrativa, ou com base em outras leis penais, mas não pela Lei nº 10.028/00, já que antes de 20 de outubro do corrente ano os crimes lá tipificados não existiam no ordenamento jurídico, ou existiam com outra descrição.

Os srs. prefeitos municipais saíram satisfeitos com o Poder Legislativo, porque encontraram uma saída para eles, mas exigiam ainda um texto de lei que dispusesse sobre tal entendimento. Disseram a eles que era desnecessário, porque já estava escrito na Constituição Federal e no Código Penal.

Desculpem-me, mas há outro entendimento possível juridicamente? Ou, os prefeitos foram até Brasília ouvir o óbvio? Será que um iniciante no estudo do Direito não teria condições de explicar os princípios da reserva legal, da anterioridade da lei penal e da irretroatividade da lei penal mais gravosa? Penso que faltou ler a Constituição Federal e o Código Penal antes da viagem.

O autor é promotor de Justiça em Monte Aprazível (SP), professor da UNORP/São José do Rio Preto e mestrando em Direito Público pela Unifran/Franca.

O Princípio da Identidade Física do Juiz e o Processo Penal

RENAN CAJAZEIRAS MONTEIRO

O atual sistema processual penal brasileiro não prevê a adoção do princípio da identidade física do juiz; contudo, devido a sua importância e relação com outros importantes princípios, resolvemos abordar o tema, com o intuito de demonstrarmos sua relevância na apuração dos fatos, na formação do livre convencimento do juiz e na aproximação da sentença o mais que possível da justa decisão.

O referido princípio consiste na vinculação pessoal do magistrado que dirige a instrução processual até o seu término com a consequente prestação jurisdicional. Assim, a importância da colheita da prova feita pessoalmente pelo juiz, mantendo contato com as partes, testemunhas e peritos, alarga seu potencial de conhecimento e dá melhor embasamento na convicção de julgar.

Importante ressaltarmos que o trabalho do magistrado não consiste somente em julgar, ele deve ir além, ele deve julgar bem, isto é, precisa apresentar uma decisão a mais próxima do justo, devendo a sentença possuir embasamento jurídico e um bom lastro probatório, sua convicção deve ser apresentada não como um mero capricho mas como produto de um esforço extraído de um conjunto de provas maturado no bom senso, na razão e na lógica, devendo apreciar o conjunto da prova isento de preconceitos sociais e jurídicos, não valorando de maneira absoluta a imprestabilidade da confissão policial, o testemunho infantil, o testemunho único, ou ao contrário da total credibilidade a palavra da vítima ou das pessoas prejudicadas pelo crime.

É no momento de decidir, de confrontar depoimentos e provas, que surge a grande importância do preceito em análise, pois a dificuldade de se julgar alguém sem nunca tê-lo visto ou ouvido constitui falha das mais gritantes do nosso sistema processual penal. A experiência nos mostra a necessidade da adoção do referido princípio, pois muitas vezes o que está no papel não corresponde com o calor dos depoimentos, com a face trêmula do acusado, as mãos suadas das vítimas, as respostas vacilantes das testemunhas, gestos, atitudes e expressões que somente o juiz processante é capaz de aquilatar no confronto probatório.

O princípio da verdade real, que tem como base a busca incessante pela certeza, assenta seus alicerces na atividade probatória, a lei não limita os meios de prova, eles vão desde o interrogatório, passando pelas declarações do ofendido, pela prova testemunhal, documental, pericial, até os indícios suficientes, para então formar na consciência do magistrado seu juízo de valor. Portanto, para sentenciar, o magistrado tem que levar em conta toda a atividade probatória. Seu livre convencimento é balizado pelos limites da prova existente nos autos, pois este é seu mundo.

Pelo sistema de apreciação da prova adotado pelo código processual penal a lei não valoriza a prova, fundando-se a decisão, ex-

clusivamente, na certeza moral do magistrado; todas as provas são relativas, não possuindo nenhuma delas *ex vi legis* valor decisivo. Sendo assim o juiz criminal está adstrito somente a sua consciência, sendo de sua responsabilidade eleger e avaliar aquelas que considera fundamental de acordo com o que lhe foi apresentado no cotejo processual.

A identidade física do juiz é importante a partir do interrogatório, pois como ensina o ilustre professor **Júlio Fabbrini Mirabete** em sua obra "*Processo Penal*":

"... se o juiz que dirigiu o interrogatório não for o mesmo que proferirá a sentença, todos os aspectos da personalidade, da sinceridade, do estado d'alma do acusado, de sua malícia ou negligência, frieza ou perversidade ficarão abortados da sentença, pois são impressões que o juiz não pode transcrever para o papel para transmitir a outro julgador."

"Outra característica do interrogatório é a sua judicialidade; cabe ao juiz, e só a ele, interrogar o réu. É meio de prova, é ato de instrução do processo, é a grande oportunidade que tem o juiz para num contato direto com o acusado, formar juízo a respeito de sua personalidade, da sinceridade de suas desculpas ou de sua confissão, do estado d'alma em que se encontra, da malícia ou da negligência com que agiu, da sua frieza e perversidade ou de sua elevação e nobreza; é o ensejo para estudar-lhe as reações, para ver, numa primeira observação, se ele entende o caráter criminoso do fato e para verificar tudo mais que lhe está ligado ao psiquismo e à formação moral" (p. 277).

Ora, se o juiz que dirigiu o interrogatório não for o mesmo que proferirá a sentença, todos os aspectos da personalidade, da sinceridade, do estado d'alma do acusado, de sua malícia ou negligência, frieza ou perversidade ficarão abortados da sentença pois são impressões que o juiz não pode transcrever para o papel para transmitir a outro julgador.

Não se compreende que o interrogatório como meio de prova e de defesa fique excluído da vinculação. Trata-se de ato importante,

tanto que deve ser realizado pessoalmente pelo magistrado. Desta forma, o juiz que fizesse o interrogatório deveria ficar vinculado para os demais atos do processo até a sentença final.

Adrede, entendemos que o princípio da identidade física do juiz é corolário de outros, como o da livre apreciação da prova, pois a sua relatividade é que permite ao julgador emprestar maior ou menor valor às provas apresentadas; logo, se ele instruiu todo o processo terá sem dúvidas uma visão mais ampla e segura de toda prova colhida tendo maior capacidade de valorá-la de acordo com sua consciência.

Atualmente, o embate doutrinário e jurisprudencial é se existiria ou não a exigência do princípio da identidade física do juiz nos processos de rito sumário, que estaria no art. 538, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Penal, tendo como defensores de sua existência doutrinadores ilustres, dentre eles o mestre **Magalhães Noronha**. Porém, não obstante a envergadura de seus conhecimentos, sua opinião não representa o pensamento dominante na jurisprudência majoritária, que rechaça a aplicação da identidade física do juiz no processo penal vigente.

Destarte, é de maneira alvissareira que acompanhamos os trabalhos da Comissão Especial para Reforma do Código de Processo Penal Brasileiro, criada pelo Ministério da Justiça em 3 de fevereiro 2000, formada por estudiosos do mais alto quilate, como **Luiz Flávio Gomes, Antônio Scarance Fernandes, Antônio Magalhães Gomes Filho, Miguel Reale Júnior** dentre outros não menos ilustres, todos sobre a presidência da ilustre professora **Ada Pellegrini Grinover**. A referida Comissão tem como escopo apresentar propostas para a reforma do Código Processual Penal Brasileiro.

Das primeiras reuniões já realizadas está claro que uma das propostas principais, segundo o Secretário da Comissão **Petrônio Calmon Filho**, é a inclusão do princípio da identidade física do juiz em todo o processo penal. Com isso a Comissão busca aperfeiçoar a sistemática processual penal, aproximando a prestação jurisdicional o mais que possível da verdade apresentada nos autos.

Destacamos assim, a visão preclara da Comissão que percebe a importância da aplicação do preceito para o bom desenvolvimento do processo; oxalá permaneça tal proposta até a aprovação final do projeto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, pois resgata um princípio que é salutar para o processo penal, pois revigora a visão do magistrado ampliando seus horizontes e fazendo com que a prestação jurisdicional se aproxime sempre mais do ideal da Justiça, ansia maior de nosso povo.

O autor é defensor público da 15ª Vara Criminal de Fortaleza e especialista em Direito Penal.

ANÚNCIO RT