

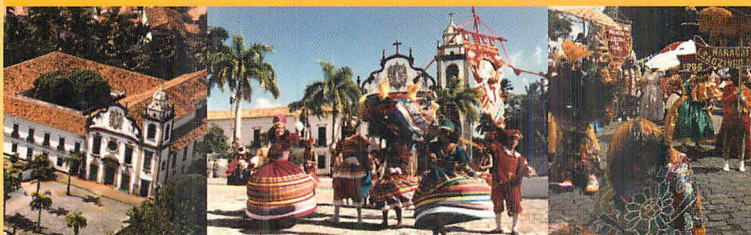


Livro de Teses

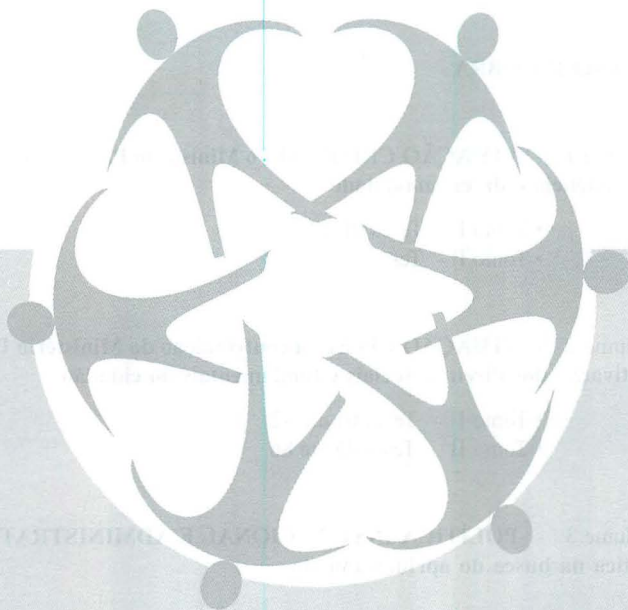
Criminal

Volume 01

Ministério Público e a cidadania plena



Tomo I



Livro de Teses

Criminal

Volume 01

Ministério Público e a cidadania plena



Tomo I

PLANO DA OBRA

Volume 1 - **ATUAÇÃO CRIMINAL: o Ministério Público e o enfrentamento da violência e da criminalidade**

- Tomo I - Teses 01 até 38
- Tomo II - Teses 39 até 76

Volume 2 - **ATUAÇÃO CÍVEL: a contribuição do Ministério Público para a efetivação dos direitos sociais e fundamentais do cidadão**

- Tomo I - Teses 01 até 42
- Tomo II - Teses 43 até 86

Volume 3 - **POLÍTICA INSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA: reflexão crítica na busca do aprimoramento**

FICHA CATALOGRÁFICA

C749t Congresso Nacional do Ministério Público (14.:2001:Recife)
Livro de teses: Ministério Público e a cidadania. __Recife:
Associação do Ministério Público de Pernambuco, 2001.

3v.

Conteúdo: __v.1 Atuação criminal: o Ministério Público e o enfrentamento da violência e da criminalidade; __v.2 Atuação cível: a contribuição do Ministério Público para efetivação dos direitos sociais e fundamentais do cidadão; __v.3 Política institucional e administrativa.

1. Brasil, Ministério Público. 2. Ministério Público, Congresso.

Cddireito 341.413
CDU 347.963(816.2)

XIV CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Temário:

Ministério Público e a Cidadania Plena

Subtema I:

**ATUAÇÃO CRIMINAL: o Ministério Público e o enfrentamento
da violência e da criminalidade**

Livro de Teses

Volume 1

Tomo I

(Teses de 01 até 38)

Capa
Click Comunicação e Design
(81) 32412054 - 32424054

Impresso por
Gráfica Santa Marta

Responsável pela obra:
Associação do Ministério Público de Pernambuco
R. Benfca, 810 - Madalena - Recife - PE

Nota:

Este Livro de teses, editado em 5 (cinco) volumes por ordem temática, foi elaborado a partir dos originais fornecidos pelos autores das teses. Alterações necessárias foram realizadas com intuito de adaptá-las ao formato do livro e uniformizá-las quanto à apresentação. No entanto, a digitação e o conteúdo das mesmas, são de inteira responsabilidade individual dos autores.

XIV CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Presidente de Honra

Jarbas de Andrade Vasconcelos
Governador do Estado de Pernambuco

Presidente-Geral

Marfan Martins Vieira
Presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP

Presidenta-Executiva

Lais Coelho Teixeira Cavalcanti
Presidenta da Associação do Ministério Público de Pernambuco - AMPPE

Secretário-Geral

Fernando Grella Vieira
Secretário-Geral da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP

Secretária-Executiva

Bettina Estanislau Guedes
Primeira-Secretária da Associação do Ministério Público de Pernambuco - AMPPE

Procurador-Geral de Justiça do Estado de Pernambuco

Romero de Oliveira Andrade

Comissão Organizadora Nacional

Achiles de Jesus Siquara Filho – BA
Luiz Antônio Ferreira de Araújo - RJ
Maria Tereza Uille Gomes - PR
Mozart Brum Silva - GO

Comissão Organizadora Executiva

Social

Alda Virginia de Moura Lima
Carlos Augusto Guerra de Holanda
Cristiane de Gusmão Medeiros
Letícia Guedes Coelho
Manoel Alves Maia
Marcellus de Albuquerque Ugiette
Maria Ivana Botelho Marroquim
Mavial de Souza Silva

Transporte e Receptivo

Carlos Augusto Guerra de Holanda
Christiane Roberta Gomes de Farias Santos
Israel Cabral Cavalcanti
Izabel Cristina Holanda Tavares Leite
José Augusto dos Santos Neto
José Tavares
Judith Pinheiro Silveira Borba
Manoel Alves Maia
Mavíael de Souza Silva
Núbia Maurício Braga
Petrúcio José Luna de Aquino

Patrocínio

Ana Maria do Amaral Marinho
Bettina Estanislau Guedes
Cristiane de Gusmão Medeiros
Fernando Antônio Carvalho Ribeiro Pessoa
José Augusto dos Santos Neto
José Tavares
Lais Coelho Teixeira Cavalcanti
Marcellus Albuquerque Ugiette
Marília Frago de Vasconcelos
Taciana A. de Paula Rocha Almeida
Rosemary Souto Maior de Almeida

Científica

Ana Maria do Amaral Marinho
Anamaria Campos Torres
Ângela Simões de Farias
Geraldo Margela Correia
José Elias Dubard de Moura Rocha
Taciana A. de Paula Rocha Almeida

Financeira

Carlos Augusto Guerra de Holanda
Jequeline Guilherme Aymar Elihimas
Lais Coelho Teixeira Cavalcanti

Comunicação

Andréa Fernandes Nunes Padilha
José Elias Dubard de Moura Rocha
José Vladimir da Silva Acioli
Marcellus Albuquerque Ugiette

Apoio Técnico da AMPPE

Carlisiana Marques de Albuquerque Calábria
Claudenice de Farias Andrade Tenório
Cristiano Gutemberg de Lima
Inês de Cássia Dowsley
Luciene Maria dos Santos
Maria Lúcia de Lima Raposo
Neildo Batista dos Santos
Sueli Nascimento
Tereza Cristina Gonçalves do Amaral Pastich
Wellington Mendes Tenório Filho

Assessoria de Imprensa

Patrícia Bandeira de Melo
Simonne Lins
Alcimar Rocha – BR Comunicações

Realização

Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP
Associação do Ministério Público de Pernambuco – AMPPE

Organização

PROMOVE

Apoio

Governo de Pernambuco
Ministério Público de Pernambuco
Prefeitura da Cidade do Recife
Prefeitura Municipal de Olinda

Patrocínio

Banco do Brasil S.A.
Bradesco
Coca-Cola
FIEPE
Hiper Bompreço
Petrobrás
SESI

MENSAGEM DE BOAS VINDAS

É com grande satisfação que recebemos, em Pernambuco, colegas de todo o Brasil, por ocasião do XIV Congresso Nacional do Ministério Público.

A oportunidade enseja o fortalecimento dos laços institucionais que nos unem, possibilitando o intercâmbio de trabalhos científicos elaborados nos mais diversos recantos do país, além de propiciar instrutiva troca de experiências relacionadas com o dia-a-dia de cada um dos membros da nossa Instituição.

Pernambuco, hoje - como nos tempos de Castro Alves, com sua admirável poética, e de Tobias Barreto, com sua sólida cultura jurídica -, serve de palco a importantes debates que serão travados pelos membros do Ministério Público Brasileiro.

O Brasil de hoje - como na época dos movimentos libertários pela “Abolição da Escravatura” e pela “Proclamação da República” -, vivencia momentos de grande conturbação social. Embora estejamos entre as dez maiores economias do mundo e desfrutemos de uma democracia formal, convivemos, diuturnamente, com um quadro de miséria e abandono em relação a grande parte da nossa população, desassistida e despojada dos seus mais elementares direitos, o que não só nos envergonha, como se volta contra todos nós, por meio da violência urbana e dos conflitos sociais.

Nesse contexto, as discussões do XIV Congresso, como bem evidencia o tema central “*Ministério Público e a cidadania plena*”, haverão de refletir não apenas a necessidade do inadiável e adequado “*enfrentamento da violência e da criminalidade*”, em seus diversos matizes, mas também colocar em destaque a exigência de medidas concretas que contribuam para “*a efetivação dos direitos sociais e fundamentais do cidadão*”.

Para atender a esses reclamos, precisamos estar cada vez mais conscientes da importância do papel reservado ao Ministério Público e a seus membros, fazendo-se absolutamente necessária “*a reflexão crítica na busca do aprimoramento*”. É fundamental que exercitemos nossa democracia interna, com ética e responsabilidade social, credenciando-nos, dessa forma, a agir com autonomia e independência frente a todos, especialmente aos que exercem o Poder.

Eis porque, após termos nos ocupado com o debate sobre “*O Ministério Público Social*”, no Congresso de Curitiba, em 1999, buscando reafirmar os compromissos imanentes à nossa consciência social, devemos agora avançar, procurando soluções através de ações compatíveis com esse perfil, de braços dados, como na ciranda, dança típica de Pernambuco e símbolo do nosso Congresso.

Nos quatro dias em que se desenvolverão as atividades científicas, os congressistas constatarão que Pernambuco tem, como característica, a luminosidade do sol, sempre brilhante e acolhedor. Que o sol seja o símbolo da alegria e do calor humano com que recebemos a todos, tendo como cenário a *Veneza Brasileira* e a *Marim dos Caietés*.

Sejam bem-vindos ao XIV Congresso Nacional do Ministério Público.

Marfan Martins Vieira
Presidente-Geral

Lais Coelho Teixeira Cavalcanti
Presidente-Executiva

SUMÁRIO

Subtema I

ATUAÇÃO CRIMINAL: o Ministério Público e o enfrentamento da violência e da criminalidade

1.	Regime democrático – Ministério Público e segurança pública	1
2.	Princípio da imparcialidade do juízo, sistema acusatório e Ministério Público: Análise de resquícios inquisitoriais na legislação brasileira.	23
3.	A autonomia funcional do Promotor de Justiça como <i>dominus litis</i> e o abuso no direito de acusar.	39
4.	Direito de petição aos poderes públicos como meio alternativo de acesso ao Poder Judiciário.	47
5.	O Ministério Público e o enfrentamento da violência e da criminalidade - Formas de prevenção.	51
6.	Por um enfrentamento não violento da violência doméstica - O novo papel do operador jurídico na transformação positiva dos conflitos.	55
7.	A função neutralizadora como fonte de legitimação da pena privativa de liberdade.	65
8.	O direito de intervenção das partes no interrogatório. Proposta ao anteprojeto do código de processo penal.	77
9.	Princípio da insignificância e ação penal – juízo de admissibilidade.	83
10.	Propostas de emenda constitucional criando: Juizado de Instrução Criminal, outorga de exclusividade de investigação à polícia, colegiado para exercer o controle externo da atividade policial e “Juizes Temporários”.	89
11.	Necessidade de ampliação das atribuições do Ministério Público na fase de investigação civil e criminal	101
12.	Ministério Público: A legitimidade para investigação criminal	105
13.	O tratamento jurídico instituído pela Lei 9.807/99 ao réu colaborador	111
14.	Criação do corpo investigativo próprio do Ministério Público.	119

15. Programa de proteção a vítimas e testemunhas	123
16. A investigação criminal e o acesso à Justiça.	125
17. A participação do Ministério Público na investigação dos acidentes aeronáuticos	139
18. Proteção dos direitos humanos pela Justiça Federal conveniência do Governo Federal	143
19. Tipo penal e processo penal	149
20. Impossibilidade do reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea quando o acusado invoca em seu favor uma causa excludente da antijuridicidade.	159
21. A certidão de óbito falsa como causa extintiva da punibilidade	165
22. Lavagem de dinheiro: Sequestro de bens e inversão do ônus da prova	171
23. Da possibilidade de restituição, pelo Ministério Público, do bem apreendido na esfera policial – não havendo dúvida quanto ao direito do reclamante.	177
24. Aditamento da denúncia e da queixa: Forma e alcance de cada uma das modalidades previstas no Código de Processo Penal.	181
25. Teoria finalista da ação: Reflexo no procedimento do júri	189
26. O tribunal do júri e o valor da prova obtida no inquérito policial	197
27. O contraditório no tribunal do júri - Réplica e tréplica	203
28. Inovação de tese na tréplica	211
29. A proposta do quesito culpado ou inocente – Da impossibilidade lógica no sistema do júri brasileiro	215
30. Tribunal do júri - Do sigilo das votações - Sala secreta e apuração por maioria de votos	225
31. A proposta do quesito da materialidade do fato antes da indagação da autoria: Uma contribuição para a tutela do direito de ação de reparação de danos na esfera civil	231
32. Denúncia por homicídio consumado: A carência de ação em face da ausência de necrópsia	235

33. O julgamento sem a presença do réu como corolário do direito de calar: Uma proposta individualística de falsas premissas rumo ao júri virtual. Incompatibilidade com os princípios do júri, cerceamento do direito dos jurados.	245
34. Condições para que qualificadoras integrem a pronúncia. Impossibilidade legal de consideração da circunstância qualificadora como agravante genérica no julgamento do júri	255
35. A infração do trânsito e o tribunal do júri	261
36. Adoção de mecanismos que limitem as decisões dos julgamentos realizados no plenário do tribunal do júri	267
37. A proteção de crianças e adolescentes no tribunal do júri	273
38. Aplicação do princípio da insignificância no uso de entorpecentes	277
39. Justiça terapêutica para usuários de drogas ilícitas	283
40. Terapia do acusado de porte de entorpecente como condição da suspensão condicional do processo	289
41. O cloreto de etila e a retroatividade das normas penais em branco	297
42. Comunicação de prisão em flagrante ao Juiz e ao Membro do Ministério Público	301
43. Da inconveniência da decretação <i>ex-officio</i> da prisão preventiva	307
44. A imposição de um prazo legal para a prorrogação da prisão cautelar em vista de causas justificantes razoáveis	311
45. Crimes hediondos e a impossibilidade jurídica de liberdade provisória	321
46. Ação declaratória de constitucionalidade como instrumento para a efetiva aplicação do regime integral fechado nos crimes hediondos e equiparados	325
47. A responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes praticados contra o meio ambiente no ordenamento jurídico brasileiro	337
48. Responsabilidade penal da pessoa jurídica	353
49. Responsabilidade penal da pessoa jurídica	359
50. Ministério Público e proteção jurídica dos animais	369

51. Impossibilidade de aplicação do artigo 61 da lei 9099/95, e seus efeitos, nos crimes praticados contra a criança e o adolescente.	389
52. A necessidade de laudo psicológico comprobatório do disposto no art. 83 parágrafo único do CPB para os condenados pela prática de violência doméstica sexual contra crianças e adolescentes	393
53. Pressupostos norteadores do não arquivamento do inquérito policial nos crimes de violência doméstica fatal contra crianças e adolescentes	397
54. Aproveitamento de provas ilícitas em casos excepcionais e graves	401
55. Oferecimento da proposta de transação penal na Lei 9.099/95: A atuação do Ministério Público, do Juiz e do Advogado.	409
56. Transação penal nos crimes contra o patrimônio e outros.	417
57. Inadimplemento da avença na transação penal segundo o modelo adotado pelo Juizado Especial Criminal.	421
58. Art.89 da Lei nº 9.099/95 - Ato privativo do Ministério Público.	431
59. O arquivamento ou não da denúncia com a ocorrência do acordo após seu recebimento nos procedimentos da Lei 9.099/95.	439
60. O momento próprio para o recebimento da denúncia e o §1º do artigo 89 da Lei nº 9.099/95.	443
61. Individualização da pena - Fixação em concreto	451
62. O direito penal como instrumento ressocializador: A necessidade da adequada valoração das circunstâncias subjetivas do autor do delito na individualização da pena	457
63. O livramento condicional – Da teoria à prática	465
64. O livramento condicional como instrumento de aplicação efetiva do art. 18 da Lei de Execução Penal.	483
65. O Ministério Público e a execução das penas alternativas	491
66. Prescrição retroativa ou intercorrente	501
67. Desnecessidade de representação nos crimes dos art. 306 e 308 do Código de Trânsito Brasileiro.	511

68. A punição do porte ilegal de arma de fogo como instrumento de prevenção da criminalidade.	517
69. O porte de arma de fogo com numeração suprimida ou alterada	521
70. O emprego de artefatos explosivos, seus malefícios e a necessidade de modificação da norma penal	525
71. Crimes da Lei de Responsabilidade Fiscal e imputação objetiva	529
72. Da tificação legal da exploração das máquinas caça-níqueis.	537
73. Delito contra a saúde pública: Exercício ilegal da medicina, arte dentária e farmacêutica - tipo de perigo concreto.	543
74. Doações voluntárias de órgãos e tecidos por pessoa presa e remissão de pena.	551
75. Da prescindibilidade das contra-razões recursais do Ministério Público frente ao apelo imotivado da defesa	559
76. <i>Reformatio in melius</i>	571

Subtema I

ATUAÇÃO CRIMINAL: o Ministério Público e o enfrentamento da violência e da criminalidade

(Teses 01 até 38)

TESE 01

REGIME DEMOCRÁTICO - MINISTÉRIO PÚBLICO E SEGURANÇA PÚBLICA

Roberto Antonio de Almeida Costa
Promotor de Justiça Criminal da Capital
Ministério Público do Estado de São Paulo.

I- Introdução

I. 1- Ministério Público – “consciência social”

Com o retrocesso assistido, especificamente em virtude da “Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1.969”, de conseqüências política, jurídica e social conhecidas, *“iniciou-se um movimento visando fundamentalmente, à criação de consciência nacional de Ministério Público, ciente de que o tempo de reivindicações isoladas e regionais havia cessado, pois o centro do poder se deslocara dos Estados para a União”*¹, Paralelamente se buscava a afirmação de uma *“consciência social de Ministério Público”*.

Fortalecida a *consciência nacional*, da qual logo surgiu a CAEMP (Confederação das Associações Estaduais do Ministério Público), hoje CONAMP (Confederação Nacional do Ministério Público), o idealismo incessante levou o Ministério Público a “lutar” não somente por prerrogativas, mas basicamente por atribuições que pudessem afirmar sua *“consciência social”*.

Singelamente resumida no documento histórico chamado de “carta de Curitiba”, a *“consciência social de Ministério Público”* floresceu no perfil institucional obtido na Constituição Federal promulgada em 1.988.

Ali, entretanto, se iniciava uma nova batalha, a partir dos relevantes misteres que impunham pratica condizente para a efetiva implantação da *“consciência social do Ministério Público”*.

O Ministério Público avançou significativamente diante das responsabilidades assumidas, encontrando caminhos de atuação diferenciados, especialmente à defesa dos

1. SIQUEIRA NETTO, Carlos. Ministério Público – uma nova estratégia para seu aperfeiçoamento; V Congresso Nacional do Ministério Público – Justiça 99:189.

interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos na área cível. Porém, na esfera criminal ainda não encontrou instrumentos adequados de atuação.

Talvez a falta de maior eficácia na área criminal, seja decorrente da incompreensão do sistema multifário desenhado a partir da constituição de 1.988, o qual, a par de tornar a ação penal exclusiva ao Ministério Público, também o introduziu na Supremacia do Estado como Órgão de Controle, impondo-lhe responsabilidades que transcende a atividade tradicional (forense), para lhe conferir também providências extrajudiciais na prevenção e repressão do crime.

Desta forma, o que se pretende é contribuir, de forma modesta e talvez não original, para o aprofundamento da “*consciência social de Ministério Público*” na área criminal, auxiliando na visão integral da função institucional nesse campo, a partir da concepção do crime como problema comunitário, em análise social hodierna, através de práxis que revela a “Segurança Pública”, como função reflexa do regime democrático, sujeita, portanto, ao controle integral pelo Ministério Público.

I. 2 - Ministério Público e Regime Democrático

A Constituição Federal vigente, ao enunciar princípios fundamentais afirma a República Federativa do Brasil como um **ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**, deixando claro que o regime político e social adotado, afeto ao titular do poder constituinte originário, é qualificador do Estado, cabendo ao direito apenas a tarefa de dar-lhe efetividade, como instrumento de transformação, capaz de resgatar a liberdade inerente à qualquer sociedade solidária e justa.

Por outro lado, respeitado o princípio da oficialidade, repartindo a função típica de Estado entre seus Órgãos Supremos, a Constituição Federal entregou ao Ministério Público, dentre outras, as atribuições de resguardo da legalidade e do regime democrático, garantindo-lhe, em contrapartida, contorno organizacional capaz de projetá-lo para o futuro como **instituição permanente**, porque certamente indispensável.

Diante de uma constituição impar, em face da grandeza de sua estrutura e a insignificância do seu rendimento até aqui percebida, ao Ministério Público, mais do que nunca, é preciso estratégia de atuação que não o coloque na vala comum da ineficiência política.

Portanto, sem qualquer idealismo utópico, é sempre oportuno e nunca demais, reafirmar o compromisso do Ministério Público com a sociedade, cabendo-lhe servi-la antes de seus governantes.

É preciso, assim, cultivar a sabedoria com doses adequadas de idealismo e prudência, como se fez no passado, para que no futuro não se verifique a esterilidade completa do solo fértil já cultivado.

Vale dizer, a atuação do Ministério Público deve ser pautada na busca incessante da afirmação do **regime democrático, como forma de justiça social**.

I. 3 - Ministério Público - Independência, legitimidade e eficiência.

A importância do Ministério Público para preservação do regime democrático e auxílio na promoção da justiça social foi reconhecida, tanto que é o único Órgão Supremo com garantia de vida eterna, expressamente prevista na Constituição Federal (art. 127). **O seu membro é Agente Político do Estado, protagonista de atuação suprema;** cuja relevância se afirma pela **“consciência social de Ministério Público”**, e cuja atuação deve ser paradigma de marca institucional: independência, legitimidade e eficiência.

Desta forma, deve atuar na promoção da democracia e da justiça social, não por conveniência ideológica, política ou social preconizada por instituições próprias ao regime na disputa pelo exercício de poder (partidos políticos), mas porque ontologicamente ligado aos anseios de liberdade, igualdade e solidariedade, **preconizados pelo povo em sua Constituição.**

O Ministério Público deve atuar acima da atividade político partidária, de maneira independente na consecução da vontade popular, afirmando a democracia participativa adotada. O seu comprometimento fora do âmbito de sua atuação constitucionalmente definida pode contaminar suas estruturas e o lançar na vala comum da ineficiência política, como já alertado.

No Estado de São Paulo, por exemplo, fatos recentes justificam o alerta. Durante a ebulição de crise verificada a partir da crescente criminalidade juvenil, onde se questionava a eficácia do sistema de reintegração social, em face da inadequação humana e material verificada nas unidades da FEBEM (Fundação do Bem Estar do Menor), fato que exigia a atuação legítima e independente do Ministério Público, integrada também com a Secretaria do Bem Estar Social, Promotor de Justiça já de algum tempo afastado da carreira para exercer atividade junto a Corregedoria do Poder Executivo, assumindo a Presidência de referida Fundação, em entrevista concedida ao Jornal “Folha de São Paulo”, vazou críticas ao Ministério Público. O fato causou a retirada, pelo Conselho Superior, da fundamentação do ato administrativo que autorizou seu afastamento inicial, tendo o Excelentíssimo Procurador Geral de Justiça editado um outro, independente do Órgão colegiado. As críticas e o dissenso entre os Órgãos Superiores de Administração respingaram nos Órgãos de Execução do Ministério Público gerando, no mínimo, inconformismo dos que ainda crêem na preservação da atuação independente, dificultando, ademais, a atuação integrada do próprio Ministério Público e em especial com a Secretaria de Bem Estar Social e com a comunidade.

Compreensível, portanto, posição daqueles que, inclusive, sustentam a imoralidade administrativa no afastamento de Membro do Ministério Público para qualquer outro cargo. Restrinjo, entretanto, seu alcance para a assunção de **cargo em confiança cuja função seja afeta ao controle do Ministério Público**, por colocar em risco a independência e legitimidade não apenas do agente, mas da própria instituição, arrefecendo o sistema de freios e contrapesos.

De outro lado, **garantida a independência** do Ministério Público, eleger objetivos e traçar estratégia de atuação é fundamental para preservar suas competências constitucionalmente estabelecidas, **com eficiência e legitimidade**, atributos indispensáveis para preservar o regime democrático e auxiliar na promoção da justiça social, prioridades na ordem constitucional.

Os **objetivos** devem ser escolhidos de acordo com a realidade e condizentes com os traçados pelo sistema constitucional, que necessitam de especificações peculiares ao cotidiano.

A **estratégia de atuação** deve ser planejada de modo a proporcionar resposta eficaz. Formulas que se completem e prenunciem **legitimidade e eficiência**.

I.4 - Ministério Público – Órgão Supremo de Controle da Supremacia do Estado.

Cabe, agora, conter o raciocínio em alinhamento com a natureza jurídica do Ministério Público. O Estado Brasileiro, além da tripartição de poderes, com sistema próprio de freios e contrapesos, conta com o Ministério Público que, **ao lado e com o povo**, é responsável por sistema externo (autônomo) de controle da supremacia do Estado.

É Órgão Supremo do Estado.

A Constituição Federal, em Capítulo próprio estabelece as Funções Essenciais à Justiça. Em **seção exclusiva versa sobre o Ministério Público**: no artigo 127, “caput”, lhe define como **“instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado”** e lhe entrega os misteres de **“defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”**; no artigo 127, §§ 2º e 3º, dota o Ministério Público de **autonomia funcional e administrativa, bem como de orçamento próprio**.

A previsão de ser permanente e essencial à função típica do Estado (jurisdicional), lhe confere parcela da **soberania**. A autonomia administrativa, garantida por orçamento próprio lhe faz **independente**. A definição de competências próprias o faz **autônomo**.

Desta forma, independente, autônomo e detentor de parcela da soberania do Estado, o Ministério Público é Órgão Supremo do Estado.

É órgão de controle.

Não tem função legislativa, não tem função executiva e não tem função jurisdicional, tradicionalmente consideradas; **mas têm atribuições privativas, que o caracteriza como órgão de controle**.

Controle do particular, exercido através de instrumentos judiciais adequados a preservação **“da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”**. A ação penal para preservar a ordem pública; a ação civil para preservar os mais variados interesses (meio ambiente, consumidor, etc.), são exemplos clássicos.

Controle do Estado, de modo geral, em relação a qualquer dos Poderes, é também exercido através de instrumentos judiciais apropriados. Para a função executiva, a ação civil pública e os remédios constitucionais se mostram exemplos adequados; para a função legislativa, a ação direta de inconstitucionalidade; e, para a função jurisdicional, a legitimidade do Ministério Público e sua intervenção nas ações cujos interesses lhe seja afeto, é garantia de imparcialidade. Outrossim, nesse campo de atuação, **controle do Estado**, nada obsta que o Ministério Público utilize meios reconhecidos pelo Direito Administrativo como de controle preventivo, entre os quais destaca-se a recomendação.

Desta forma, responsável pelo controle das atividades típicas do Estado (soberania) e também da própria população que o legitimou, **O Ministério Público é órgão de controle da Supremacia do Estado**.

Assim, o Ministério Público na concepção atual, paradoxalmente, apesar de integrar a própria supremacia do Estado, se afasta dela para ser o elo de seu controle, ao lado da sociedade. Parece ser esse o ponto nodal de compreensão, capaz de revelar a razão do contorno constitucional do Ministério Público que o lança ao futuro como indispensável e perene.

É pertinente concluir, portanto, que **o Ministério Público é um Órgão Supremo, permanente e essencial de controle da supremacia do Estado**.

II - Segurança Pública e Oficialidade.

II.1- Crime, Criminalidade de Massa e Criminalidade Organizada. (deficiência do Estado)

O crime não é fenômeno deste tempo ou lugar. Cosmopolita, aflitivo e doloroso, o crime preocupa e apaixona ao ser humano desde os primórdios da História, ganhando maior, ou menor repercussão, nesta, ou naquela região, nos momentos de intensidade desarrazoada.

Atualmente, perplexa e amedrontada a sociedade assiste ao crescimento da criminalidade. Impacientes, todos aguardam das autoridades constituídas atuações eficazes, próprias para manter a ordem social. Na ânsia de resposta pronta, o Estado revela dificuldades ao articular atuação que possa, de forma ágil, oferecer os resultados esperados.

A criminalidade que se espraia desconexa pode parecer, à primeira vista, a grande responsável pela instabilidade social. Com efeito, representa ameaça constante às pessoas ao atingir principalmente a integridade física, o patrimônio, a honra e os costumes. O desequilíbrio emocional dos cidadãos, assim, reflete a insegurança e frutifica o descrédito no Estado.

São os assaltos de rua, as subtrações em apartamentos ou residências, o pequeno comércio de drogas, dentre outros delitos, que apresentam crescimento inversamente proporcional à atuação legítima em sua repressão. Também os homicídios ganham grande proporção, notadamente nas regiões periféricas aos centros urbanos. Aliás, a violência já adentra as escolas colocando em risco o próprio sistema educacional.

O Estado, como já mencionado, revela dificuldades ao articular atuação capaz de oferecer os resultados esperados.

Casuísta e pontual a legislação penal tem rompido com princípios fundamentais, desestruturando escalas valorativas dos bens jurídicos tutelados, afrontando o sistema, **tornando o Direito Penal anacrônico, distante de seu caráter finalista**. Igual procedimento torna a legislação processual penal pródiga na promoção da impunidade, rompendo princípios basilares de atuação do Estado na preservação da ordem.

De outro lado, heroicidade discutível e corporativismo ainda marcam atuações isoladas. Malsinadas as instituições, surge o distanciamento do fim único que as justifica: o bem comum.

Legislação inadequada e desencontros de poderes constituídos evidenciam, assim, a impotência.

Na deficiência, entretanto, aloja-se a chamada criminalidade organizada. Esta sim a responsável direta pela subversão do tecido societário e ameaçadora da estrutura estatal.

Habitualidade, profissionalismo e condutas intementes caracterizam violações planejadas que se multiplicam dissimuladamente, a ponto de corroer o organismo social como um todo.

De difícil conceituação, Winfried Hassemer, catedrático de Ciências Penais na Universidade de Frankfurt, refere-se a ela - criminalidade organizada - como sendo *“um fenômeno cambiante; ela segue mais ou menos as tendências dos mercados nacionais e internacionais e torna-se, portanto, difícil de ser isolada (ex: tráfico clandestino de lixo nos países industrializados); compreende uma gama de infrações penais sem vítimas imediatas ou com vítimas difusas (ex: tráfico de drogas, corrupção) e, portanto, não é levado ao conhecimento da autoridade pelo particular; intimidadas as vítimas, quando elas existem, não levam o fato ao conhecimento da autoridade e não fazem declarações (ex.: extorsão de pedágios ou seguros por organizações criminosas); possui tradicionais solos férteis em bases nacionais e, em outras latitudes, não viceja ou produz resultados diversos (ex.: Máfia em outros países que não o seu berço); dispõe de múltiplos meios de disfarce e simulação. ...”*.

Sendo assim, compreensível, até aqui, a dianteira conquistada por aqueles que se dispuseram a afrontar os homens de bem.

Outrossim, ao lado do vertiginoso crescimento da criminalidade nos grandes centros urbanos, não há como se afastar os olhos daquela que atinge o campo, não somente pela disputa da terra como meio produtivo, mas também pela expansão das lavouras ilícitas (v.g. maconha).

A rigor, não é temerário asseverar que realmente **instituiu-se a criminalidade organizada ou não.**

II. 2- O Princípio da oficialidade – regra de integração e harmonia.

Instituída a criminalidade, às autoridades constituídas não é dado o desequilíbrio emocional, inerente aos cidadãos atemorizados. **Compete-lhes a busca incessante de políticas públicas adequadas.** Premente, ao lado do aperfeiçoamento legislativo, a aglutinação de forças para atuação organizada (conexa e planejada), respeitadas as peculiaridades de cada segmento envolvido.

Não é o que se constata.

Atualmente, Ministério da Justiça e Secretarias de Segurança, detentores do poder hierárquico sobre as Polícias, arquitetam “planos de segurança pública” desarticulados, com normas de atuação absolutamente estanques, **longe do controle popular e do Ministério Público** (que também sofre pressão social), os quais perdem legitimidade e eficácia, porque **o crime, como se verá, é problema comunitário.**

De outro lado, **o Ministério Público, com raras exceções, não soube conduzir o tema referente ao controle externo da atividade policial, ora adotando procedimentos**

equivocados, próprios do poder hierárquico sobre as polícias, o que é indesejável, ora se mostrando extremamente tímido, porque arraigado na forma tradicional de atuação.

No Estado de São Paulo, por exemplo, o Ministério Público fez editar o ato nº 098/96, publicado no diário Oficial do dia 02 de outubro de 1.996, apegado em equívocos dessa natureza. Internamente não contou com a adesão necessária, até porque na Capital, de forma específica, gerou concentração de poder em Órgão composto por Promotores designados pelo Procurador Geral, em desalinho com o princípio do promotor natural, dificultando articulação integrada e até mesmo o próprio controle interno. Outrossim, não teve a aceitação da Polícia Civil por afrontar princípios de sua autonomia tanto assim que, em contra-ordem, a Delegacia Geral de Polícia fez expedir a portaria DGP-04, de 19 de novembro de 1.996, contendo procedimentos contrários ao ato do Ministério Público. A Polícia Civil não teve sucesso na ADIN que promoveu; o S.T.F. não enfrentou o mérito, decidindo que ato normativo não esta sujeito ao controle de constitucionalidade, mas de legalidade. Por sua vez, o Ministério Público nada fez em relação a mencionada portaria. Naquela ocasião, por questões desconhecidas, não foi considerada a atividade de polícia judiciária castrense, a qual foi objeto de um ato posterior, também de eficiência duvidosa. Tudo permanece como antes.

Em realidade, a incompreensão do sistema de controle externo introduzido pela Constituição Federal, é que tem fomentado a questão, gerando intriga, em vez de integração, afrontando o princípio da oficialidade.

Tourinho Filho², após se reportar a Manzini, justifica o **Princípio da oficialidade na "persecutio criminis" e preservação da ordem pública**: *"A repressão ao criminoso, àquele que infringe a norma penal, constitui uma necessidade essencial e função precípua do Estado, de modo que este, em virtude do ordenamento jurídico que tutela os bens sociais ou públicos, torna-se titular de um poder (poder-dever) de reprimir o transgressor da norma penal. Para exercitar esse poder e cumprir sua atividade repressiva - necessidade irrefragável, constante e complexa -, o Estado institui diversos órgãos, pois a inobservância do direito penal lhe impõe uma atividade ativa, posto que tem, realmente, interesse direto e imediato em que se atue a lei penal. Assim, ele próprio assume a persecução penal mediante órgãos próprios. Daí dizer Manzini: posto que a função penal tem índole eminentemente pública, a pretensão punitiva do Estado deve ser feita valer por um órgão público, que deve iniciar o processo por iniciativa própria 'sin necesidad de excitacion exterior alguna para el cumplimiento de su deber funcional"*.

A oficialidade, por sua vez, obriga a atuação integral do Estado, não se admitindo o fracionamento.

É por isso que Paulo César Corrêa Borges³, eminente Promotor de Justiça no Estado de São Paulo, ao tratar de relevante questão como é o crime organizado, ao lado de concluir que sendo *"a criminalidade organizada altamente complexa, o seu combate também o é"* afirmar que *"o combate efetivo da criminalidade organizada exige ação coordenada e instrumentos legais como: a permissão para quebra de sigilo das comunicações, bancário, fiscal e eleitoral; a delação e a confissão premiadas; ações policiais controladas pelo Ministério Público, controle do sistema financeiro, que impeça a lavagem de dinheiro; e, finalmente, a proteção à vítima e*

2. TOURINHO, Fernando da Costa – São Paulo, Jalovi. Processo Penal. 1.979 p.63

3. BORGES, Paulo César Corrêa. São Paulo. APMP. Crime Organizado. 2.000

testemunhas” não sem antes defender a atuação conjunta e coordenada de vários segmentos do Estado e da sociedade civil, com destaque para a Polícia Civil e o Ministério Público.

A Constituição Federal preconiza como direito público subjetivo a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio, impondo ao Estado, em contra partida, o dever de preservá-lo. De outro lado, adota a oficialidade e indica os “*órgãos oficiais*” e suas competências, impondo atuação integrada e harmônica, através de sistema de controle.

Assim, em plano nacional, por exemplo, não há como falar em combate ao narcotráfico internacional, sem discutir o papel das Forças Armadas na polícia de fronteira, em face de guerrilha instituída (v.g. Brasil/Colômbia), em que pese atribuição constitucional primária da Polícia Federal, ou mesmo dos sistemas tributário e financeiro na lavagem do dinheiro respectivo. Nos planos regionais, por sua vez, não há como se considerar o combate ao roubo ou furto de veículos, sem levar em conta o sistema de registro da frota, entregue aos “DETRANS”.

O Ministério Público e a comunidade não podem, entretanto, ficar a margem desses planos, até porque, como preconizado, são incumbidos de exercerem o controle da atividade, garantindo legitimidade para que o resultado, no caso, seja suficiente para prevenção e repressão do crime.

A atividade do Estado moderno é complexa, abrindo inúmeras opções para a solução de um mesmo problema. Não é conveniente o fracionamento da atividade, mas a atuação conexa na defesa intransigente do interesse público. O ordem é de harmonia.

Desta forma, são precisos novos caminhos, os quais devem permear a pureza e o espírito elevado dos que o vão trilhar, formando “*uma só consciência social*”, sem desconsiderar a maldade dos que o vão afrontar.

II.3 - Controle externo da atividade policial.

II.3.1- Visão tradicional

Em inúmeros trabalhos publicados, relacionados ao tema “controle externo da atividade policial” aliás, um dos poucos temas de relevo discutido em face da atuação do Ministério Público na área criminal, o que se encontra são princípios ultrapassados, muitas vezes conflitantes com o alcance constitucional enunciado, porque arraigados somente na correção, desapegados da vigilância e orientação, critérios básicos de prevenção. Ademais, quase sempre levam em conta apenas a função tradicional do Ministério Público, restringindo, portanto, as possibilidades de atuação ao controle da atividade de polícia judiciária. Outrossim, muitas vezes indicam providências administrativas, muitas das quais em desconformidade com a autonomia da Polícia Civil, gerando, como já exemplificado, intrigas desnecessárias.

Em quase todos os sistemas apresentados, ademais, não se observa a participação popular, o que impede a visão transcendente que deve pautar o Ministério Público.

O encontro de dados estatísticos de segmentos diversos (v.g. confronto de dados da polícia militar e polícia civil), apresentado como forma de controle da atividade de polícia judiciária, de maneira isolada, não define a rota, porque distante da realidade social, em face da efetiva exclusão que afasta a população dos órgãos oficiais do Estado (a vitimologia explica o fenômeno). Ademais, visitas e inspeções a repartições policiais e bem assim a livros e anotações, da mesma forma, não encerra sistema apto de controle pelos mesmos motivos. Finalmente, a repressão a policiais corruptos, por si, não é atividade de controle, mas da própria repressão ao crime.

Em verdade são métodos oriundos de uma tradição correccional, anteriormente entregue ao Poder Judiciário, que ainda a mantém, embora destituído de competência em face do perfil constitucional atual, mas com o qual o Ministério Público tem se conformado.

II.3.2 – Real alcance

É preciso inovar, adaptando-se as exigências do regime, talvez partindo também de diretrizes existentes em outras áreas de atuação, afinal, **a segurança pública, não é outra, senão atividade típica do Estado, entregue a Órgãos oficiais, os quais estão sob o controle externo da população e do Ministério Público, como enuncia o artigo 144, c.c. artigos 127, “caput” e 129, inciso VII, todos da Constituição Federal.**

E não há porque se intimidar. É equívoco limitar a atuação do Ministério Público, na área de “Segurança Pública”, apenas nos princípios decorrentes de sua legitimidade para a ação penal. Seu campo de atuação decorre do regime democrático participativo, pelo qual é responsável; repita-se: é **Órgão Supremo de controle da Supremacia do Estado**. Reduzir o alcance da expressão “*atividade policial*” contido no inciso VII, do artigo 129, da Constituição Federal, para afirmar se tratar apenas da atividade de polícia judiciária é contrariar a ***ratio constitutione***, que determina a interpretação de toda a seção referente ao Ministério Público, a partir do artigo 127, do mesmo texto.

Assim, com o real alcance da expressão atividade policial, como toda atividade exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144 C.F.), é **assegurado ao Ministério Público, enquanto guardião do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o controle do “Sistema de Segurança Pública”**.

II.3.3 – Regra de integração e harmonia.

O relacionamento do Ministério Público com os demais responsáveis pela segurança pública, portanto, deve ser apreciado criteriosamente; obedecidos princípios científicos, constitucionais e legais, que promovam **integração**.

“A aptidão da Polícia Civil para a investigação criminal, por vezes injustamente criticada, precisa ser preservada. É imprescindível, porém, a atuação integrada entre Polícia e Ministério Público, pois este é o destinatário natural da atividade policial, porquanto titular privativo das ações penais públicas.

A participação do Ministério Público na investigação criminal, sem dúvida, propicia o rumo adequado ao sucesso na fase jurisdicional. Outrossim, com a legitimidade postulatória indeclinável, medidas cautelares são agilizadas. A proteção à testemunha e a preservação de provas se afiguram incontestes.

Por outro lado, não se pode permitir que a investigação criminal seja fracionada. Nesse aspecto é impostergável o encontro de dados fiscais e bancários, a vigilância eletrônica e tecnológica enfim. Em trabalho com a Fazenda Estadual e Receita Federal, não olvidado o entrosamento com a Polícia Militar, resultados concretos serão obtidos.”⁴

A função de controle é regra de harmonia.

III - Segurança Pública e Comunidade.

O artigo 144, da Constituição Federal, ao lado de consagrar o direito público subjetivo à segurança, responsabilizou a todos na sua consecução, havendo a questão, portanto, que ganhar conotação especial nesse sentido, como forma de legitimar a atuação do Estado.

III. 1- Crime - Problema comunitário.

O crime, concebido sob qualquer doutrina é problema comunitário porque, ao lado de atingir a todos, é fruto da convivência social, sendo esta a responsável pelo seu fomento ou contenção, em razão de maior ou menor compromisso com suas causas ou fatores.

O crime é problema comunitário.

Nesse sentido, precisos os ensinamentos de Antonio Garcia Pablos de Molina⁵, Catedrático de Direito Penal da Universidade Complutense e Diretor do Instituto de Criminologia: *“Também não cabe defender a afirmação de que o crime interesse unicamente ao sistema legal, de que seja incumbência exclusiva deste. Porque o delito é um problema ‘comunitário’, de todos e não da Polícia, da Justiça, da Administração Penitenciária. Uma sociedade que se desentenda do problema criminal, sem fazer exame de consciência e se comprometer com o mesmo, incorreria em um alarde inútil de cinismo. Tornando-lhe patológico, como se fosse um tumor e encomendando-lhe à cirurgia legal, nem o aborda nem o resolve*

4. SPINA, Paulo Mário; ALMEIDA COSTA, Roberto A. – São Paulo Considerações sobre o crime organizado – Informativo APMP – AMMP EM NOTÍCIAS – abril de 1.996.

5. MOLINA, Antonio G. Pablos – Polícia e Criminalidade no Estado de Direito – tese defendida em 17/07/89, em Seminário “Polícia e Sociedade” – Direção Geral de Polícia (Santander).

com maior eficácia. Pelo contrário: esta atitude afasta e isola ao sistema legal com respeito à sociedade, com o conseqüente risco de deslegitimação que corre todo poder autônomo capaz de se desvincular dos valores e exigências gerais. Isto significa inclui não apenas a perversão axiológica, senão um grave deterioro da própria efetividade da ação policial, privada da referenda e colaboração de uma comunidade indiferente.”

III. 2 - Segurança Pública, Justiça Social e Democracia.

Diante da compreensão, não é de hoje que se discute questão que transcende segurança pública: se instrumento de **manutenção** da ordem ou se instrumento de **promoção** da ordem e de que ordem?

O que parece a princípio questão semântica e acadêmica, coloca em choque interesses antagônicos que precisam ser mensurados dentro do regime democrático participativo.

Todos sabem, poucos falam, quase ninguém escreve, fruto de uma sociedade injusta, refém de interesses econômicos internacionais (desumanos porque egoísticos e genocidas), a criminalidade de massa aflora como conseqüência da impunidade aos chamados “crimes de colarinho branco”. Em nosso país, por exemplo, o crime fiscal compensa e, assim, perverte o sistema distributivo e cooperativista da Federação, atingindo em cheio o tecido social, esgarçando a igualdade e dignidade das pessoas. **O pagamento tardio do tributo sonogado extingue a punibilidade, mas não recupera vidas ceifadas pela desnutrição (a fome não espera).**

Não é sem razão, portanto, que manchetes trazidas no caderno “Mais” da Folha de São Paulo, de 1º de novembro de 1.992, emoldurando artigos da Profª Olgária Chaim Féres Matos (USP) e do Profº Renato Mezan (USP), estampam, respectivamente, “**A ‘democracia’ da lei que não é direito**” e “**A barbárie surda e cotidiana das elites**”. O editor do Caderno, Marcos Augusto Gonçalves conclui:

“O arrastão é a dança de guerra de uma juventude à qual já não se oferece nem mesmo a possibilidade da escravidão. É o movimento dos sem-direitos, dos sem-presente, dos sem-futuro. É a nuvem de moscas que pousou na sopa do Brasil rico ou remediado”.

“A democracia não é ma formalidade. Se não se assegura aos cidadãos condições mínimas de existência social, a liberdade é nada. Pode-se pedir mais tempo à bomba-relógio social que se armou nos últimos anos? O dilema está na mesa.”

Nesse quadro, os “suspeitos” já estão previamente escolhidos pelo sistema social.

Daí porque, não é surpreendente jornais atuais (agosto de 2.001) noticiarem, em momento de “crise nas polícias”, **cogitando-se até mesmo conferir “poder de polícia” ao Exército Nacional, se descobre que este, ao lado do narcotráfico e do crime organizado, coloca como “inimigo” do Estado o “Movimento dos Sem Terras”, admitindo, inclusive, “arranhar direitos” para preservar a ordem.**

A força do direito, porém, nunca será bastante forte para sustentar o senhor das forças, porquanto a ironia da aparência se desenlaça diante da serenidade da verdade, abstração Divina da Justiça, ainda que tardia sob os olhares menos esclarecidos porque oprimidos.

O Estado democrático, portanto, deve preservar sua população, **resguardando-a dos vícios proporcionados pela força (física ou econômica), para que do direito se abstraia a moral e de seu cumprimento a obediência, nunca o medo** (muitas vezes até prudente) e o **dever** (imposição aética).

Com tais assertivas se objetiva tão somente assentar a preocupação inicial de qualquer análise filosófica, antropológica, histórica e sociológica de sustentação da *'política de segurança pública'*, a qual deve ser resultado de criterioso estudo multidisciplinar (*'science studies'*), evitando-se o relativismo como propulsor da imoralidade, fruto da transformação das conquistas do conhecimento em falsidades bem-argumentadas.

O dilema impõe ao Ministério Público, atuação inflexível em defesa do regime democrático, havendo que encontrar instrumentos que garantam sua *"consciência social"* (legitimidade).

IV- Segurança Pública e Ministério Público -

Conforme mencionado na fase introdutória, o Ministério Público avançou significativamente, encontrando caminhos de atuação diferenciados, especialmente em relação a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos na área cível. Porém, na esfera criminal ainda não encontrou forma e instrumentos adequados de atuação.

Como dito, talvez a falta de maior eficácia na área criminal seja decorrente da incompreensão do sistema multifário desenhado a partir da constituição de 1.988, a qual ao lado de tornar a ação penal exclusiva ao Ministério Público, também o introduziu na Supremacia do Estado como Órgão de Controle, impondo-lhe responsabilidade que transcende a atividade tradicionalmente considerada (forense), para lhe conferir também medidas extrajudiciais na prevenção e repressão do crime.

Daí concluir Antonio Augusto Mello de Camargo⁶ *"O Ministério Público normalmente não se sente responsável pelo crime enquanto fato social, pela elevação dos índices de criminalidade, quando isso ocorre, pelo estudo das causas dessa mesma criminalidade, ou pela adoção de políticas específicas no tocante a delitos de maior gravidade. A cidade, por sua vez, não tem consciência dessa responsabilidade. Isso significa, por um lado, certo conforto pela falta de cobrança, mas, por outro, inevitável (como também incorreta e indesejável) limitação da natureza e da eficácia da atuação do Ministério Público, que não ultrapassa o campo meramente jurídico-processual."*

Necessário, portanto, a contínua afirmação do Ministério Público como titular da ação penal e atribuições decorrentes, bem assim sua estruturação para a função de controle do "Sistema de Segurança Pública". Sua atuação para alcançar eficiência na área criminal, deve fundar-se nas pilas de seu contorno constitucional: como Órgão de Execução de Parcela da Soberania do Estado (titular da ação penal) e como Órgão de Controle da Supremacia do Estado, onde se aloja o poder de polícia próprio para a promoção da segurança pública.

6. CAMARGO FERRAZ, Antonio Augusto – São Paulo Edição própria - Ministério Público e afirmação da cidadania p.137.

Com tal concepção, o relacionamento do Ministério Público com os “Órgãos de Segurança Pública”, deve ser de vigilância, orientação e correção (controle), pautado pelos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade e eficiência, decorrentes do próprio sistema constitucional.

Doutrinaria e sistematicamente, portanto, a atuação do Ministério Público na área criminal pode ser vista em dois momentos: como **Órgão de Execução de Parcela da Soberania do Estado**, onde se aloja a titularidade privativa da ação penal pública e as atribuições decorrentes (investigação penal) e como **Órgão de Controle do “Sistema de Segurança Pública”**.

IV. 1- Ministério Público - Órgão de Execução de Parcela da Soberania do Estado – atuação.

IV. 1. 1- Ação penal pública – função exclusiva.

O Ministério Público detém parcela da soberania do Estado, porque tem legitimidade exclusiva para promoção da ação penal pública. A função é importante instrumento de controle da atividade jurisdicional do Estado, garantindo ao particular o contraditório e a imparcialidade no julgamento. É também instrumento de controle social, garantindo a **inderrogabilidade do Direito Penal**.

Portanto, como **Órgão Supremo do Estado**, o Ministério Público, ao lado da titularidade da ação penal, como decorrência, detém domínio das funções integradas.

IV. 1.2 - Ministério Público – domínio da investigação penal.

Assim, a investigação penal é função **sob domínio do Ministério Público**, que pode até mesmo exercê-la de forma concorrente com o Órgão instituído para tanto (Polícia Judiciária).

O princípio é de ordem teleológica: claro, se o Órgão Administrativo (Polícia) incumbido de fomentar a atividade do Órgão Supremo (Ministério Público), não o faz, este, Órgão Supremo, não pode ficar inerte, sob pena de ferir a própria Supremacia do Estado, impedindo o exercício da soberania, pela qual é responsável.

Nesse sentido, como titular da ação penal, diante da omissão ou da deficiente atuação da polícia judiciária, o Ministério Público tem atribuição concorrente, supletiva ou complementar nessa área de atuação. (**o Direito Penal é inderrogável**)

IV. 1.3 – Investigação penal

IV. 1.3.1 - função concorrente (supletiva ou complementar).

A investigação penal, portanto, é função concorrente, afeta ao Ministério Público, porque, como visto, sua atuação nesse campo é supletiva ou complementar a Polícia Judiciária.

Sendo órgão de natureza administrativa, muitas vezes a Polícia Judiciária encontra dificuldades para investigar determinados casos, seja pela deficiência de recursos humanos ou materiais, seja pela natureza do delito, seja, enfim, em razão do próprio envolvido (v.g. governante), o que é até compreensível, em virtude da subordinação. Nesses momentos, a atuação concorrente do Ministério Público, seja completando o inquérito instaurado, seja suprimindo sua ausência, se mostra salutar. Nos crimes fiscais, por exemplo, a essência probatória se encontra nos órgãos fazendários e a atuação concorrente do Ministério Público pode, perfeitamente, suprir a investigação pela polícia judiciária, evitando superfetação de Órgãos e o desperdício de recursos.

Nesse sentido, a atividade de investigação do Ministério Público, concorrente a Polícia Civil, deve ser vista de maneira absolutamente tranqüila pelas instituições, pois representa a oportunidade de integração, que é regra de harmonia própria ao interesse público. Como já afirmado, é preciso preservar as instituições; entretanto, é necessário dota-las de eficiência. Atuação conjunta, em parceria, protagonista de investigações proativas é o caminho.

Importante notar que o sistema, perfeitamente aplicável, até porque indicado pela Constituição Federal, torna efêmera a discussão que se vem travando quanto a imprescindibilidade do inquérito policial, ou não; mostrando-se regra de salutar atuação integrada e de **eficiência**. Se a polícia judiciária reúne de forma adequada os indícios de autoria e a prova da materialidade delitiva, produzindo inquérito policial de qualidade, no tempo oportuno, cumprindo sua função com **eficiência**, possibilitando a formação da “opinio delicti” pelo Ministério Público, não há porque este exercer a atividade concorrente. Caso contrário... .

Portanto, o Ministério Público enquanto titular da ação penal, detém de **forma concorrente (suplementar ou complementar)** a função de investigação penal, o que é fator de integração, como garantia da **interrogabilidade do Direito Penal**.

IV.1.3.2 -Instrumentos de atuação (Promotor Natural e Controle interno e externo)

O Ministério Público, assim, deve empreender esforços visando incentivar a prática pelos Promotores de Justiça de forma paulatina, o que exige, de um lado mentalidade adequada (sem arroubos de poder ou timidez exacerbada), e de outro aparelhamento das **Promotorias de Justiça** para o exercício do mister.

Não é recomendável a criação de órgãos estanques, distantes da orientação e supervisão do Promotor de Justiça destinatário final da produção, sob pena de persistirem as dificuldades, em face do fracionamento da função. Sendo a função permanente, também não é recomendável a criação de Grupo de Atuação Especial distante das Promotorias porque, da mesma forma, a função vai ser fracionada, além de provocar eventual desalinhamento com o princípio do Promotor Natural que deve ser preservado.

O ideal, portanto, é que as Promotorias de Justiça Criminal sejam dotadas de um departamento, talvez dentro da própria estrutura de suas secretarias setoriais, com recursos materiais adequados e funcionários treinados para o auxílio no exercício da função.

Paralelamente, devem ser incrementados convênios com órgãos oficiais (IML, IC, Secretaria da Fazenda, Receita Federal, DETRAN, SINARM, etc.) ou não (Universidades, Institutos de Pesquisas, Organizações não Governamentais, etc.), visando disponibilizar dados necessários para a atividade.

Finalmente, o Ministério Público deve editar ato de procedimento interno, viabilizando registro e documentação da atividade, para seu controle (v.g. correção), da sociedade (v.g. certidão) e do Poder Judiciário (v.g. - em caso de arquivamento-artigo 28, C.P.P.), como maneira, ademais, de agilizar medidas cautelares.

IV.2 - Ministério Público – Órgão de Controle do “Sistema de Segurança Pública” (atuação)

Ao lado da função tradicional (ação penal), da qual decorre a função concorrente de investigação penal (o que não deixa de ser também controle, até porque forma de preservar a Supremacia do Estado), o controle agora preconizado deve ser exercido visando aferir a **conformidade** de atuação dos “Órgãos de Segurança Pública”. (controle externo)

IV.2.1- Controle permanente e finalístico.

O crime, como dito, não é fenômeno deste tempo, fomentando a necessidade constante de políticas públicas adequadas para sua contenção. O **controle dos “Órgãos de Segurança Pública”, assim, deve ser permanente**, havendo os atos de vigilância, orientação e correção, que serem exercidos no cotidiano.

De outro lado, porque não existe subordinação entre os Órgãos controlados e o Ministério Público, o **controle deve ser finalístico**. É controle externo destinado a verificação do atendimento da finalidade. Trata-se de **controle teleológico** capaz de revelar os fins visados a partir dos objetivos traçados e aferir, como dito, a eficiência na atuação do órgão controlado.

Entretanto, por versar sobre questão sensível à sociedade, o **controle finalístico deve também ser de meio**.

Em resposta ao ranço autoritário, percebido através da desvendada disposição do Exército Nacional em “arranhar direitos” para preservar a ordem, já mencionada neste trabalho (III – 2), o Prof. Roberto Romano (UNICAMP), em artigo sob o título “**A oposição dos ‘inimigos’**” (Folha de São Paulo - 09/08/01 - p.A.3), após tecer considerações sobre os regimes ditatoriais experimentados no último século e os arroubos de ética que lhes sucederam, e constatar, com tristeza “*a facilidade com que certos teóricos aplicam, aos adversários do governo, o epíteto de ‘inimigos’*”, a ilustre professor conclui, também em virtude de pesquisa demonstrando que apenas 30% dos eleitores brasileiros confiam no mando democrático, que “**Os ferimentos das ditaduras, a de Vargas e a dos militares, ainda sangram e ameaçam se abrir ainda mais, destruindo pátria e fraternidade em nossa terra.**”

O alerta orienta: é preciso especial atenção, para que a manutenção ou promoção da ordem esteja comprometida com os objetivos constitucionais traçados, sendo execrável a degeneração da democracia pela demagogia (Aristóteles).

O **controle finalístico**, portanto, deve ser exercido de forma multifária, visando garantir, além da **eficiência**, também **legalidade e legitimidade**. O **Estado Democrático de Direito** não admite **meios desproporcionais** ao fim visado (ordem pública), determinando a preservação dos direitos fundamentais. Nesse sentido é correto concluir que o **controle finalístico é também de meio**.

Preconiza-se, assim, espécies de controle (**sempre finalístico**) que se completam doutrinariamente para se confundirem na práxis, deixando a possibilidade de se aferir a **conformidade** dos “Órgãos de Segurança Pública”, quanto á forma, ao mérito, à finalidade e ao momento de atuação, preservando o interesse público pela trilogia apontada: **legalidade, legitimidade e eficiência**.

O **controle permanente e finalístico** (vigilância, orientação e correção), assim, deve ser **formal e material; administrativo e judicial (misto); preventivo e corretivo, prévio, concomitante e posterior**.

IV. 2.1.1 -controle formal e material

Através do **controle formal**, o Ministério Público deve aferir a legitimidade e legalidade na atuação dos “Órgãos de Segurança Pública”.

A **legitimidade** imposta pela participação popular, em virtude do regime (democracia participativa), evitando-se prioridades que estejam em desconformidade com os anseios de justiça social (a razão da segurança pública), afirmando-se a segurança pública como instrumento de inclusão social. (o artigo 144, C.F. afirma a responsabilidade de todos)

A **legalidade** através da verificação do ato ou procedimento adotado a partir dos princípios constitucionais e legais que os regem.

O controle **material**, por sua vez, visa o mérito da atuação dos “Órgãos de Segurança Pública”, devendo o Ministério Público aferir a proporcionalidade entre os objetivos traçados e os meios empregados, comprovando a eficiência (ou ineficiência) do resultado, orientando e suprimindo eventuais omissões e reprimindo os excessos, garantindo finalidade.

IV. 2.1.2- Controle administrativo e judiciário (misto).

O Ministério Público é Órgão Supremo de Controle e, dessa forma, legitimado a adotar procedimentos próprios para a consecução de tal função, respeitados os limites decorrentes do sistema de distribuição de competências da Constituição Federal (princípio da oficialidade) e observado, como dito, os princípios do controle externo (finalístico).

Por outro lado, também a própria Constituição Federal lhe outorgou instrumentos de natureza judicial para o mesmo fim de controle, o qual, nesse aspecto, se torna misto (em razão da participação do Poder Judiciário), podendo-se apontar a legitimidade ativa para os remédios constitucionais, a ação civil pública e a própria ação penal pública, esta de maneira privativa, bem como a intervenção como “custos legis” em outros tantos procedimentos.

IV.2.1.3- Controle preventivo e corretivo.

O exercício do **controle finalístico**, ademais, deve ser **preventivo ou corretivo**. É que, repita-se, controlar é ato de vigilância, orientação e correção.

O **controle preventivo** decorre das funções multifárias do Ministério Público que, como **Órgão Supremo do Estado**, responsável pelo controle da própria supremacia (item I – 4), tem legitimidade de atuar nesse sentido, controlando os Órgãos da Administração e também o particular.

O crime, como exposto, é problema comunitário e o diagnóstico de suas causas e fatores de fomento pode impulsionar o Ministério Público, enquanto órgão de controle, a orientar os “Órgãos de Segurança Pública”, através medidas administrativas (v.g.recomendação) ou judicial (v.g.ação civil) que possam ajudar **prevenir ou reprimir** a atuação criminosa.

A título de argumentação: hodiernamente o próprio desenho urbanístico das grandes metrópoles é apontado como fator de criminalidade; o Ministério Público, em razão de suas atribuições constitucionais de maior espectro que das Polícias (Civil e Militar) pode gerar, através do controle do particular (v.g. ações civis em face de construtoras e imobiliárias), condições de orientar o “Sistema de Segurança Pública”, aproximando-o da comunidade e dos demais órgãos administrativos envolvidos, como elo de sustentação da Supremacia do Estado.

O **controle corretivo** é adequado para a correção administrativa dos “Órgãos de Segurança Pública”. Entretanto, ao ser exercido pelo Ministério Público pode se confundir e se integrar com a repressão penal. As medidas corretivas serão sempre judiciais (ação penal, ação civil pública, remédios constitucionais, etc.). É que, não existindo subordinação, esta afastada a hipótese de controle hierárquico, restringindo-se ao controle de meios e fins.

IV.2.1.4 - Controle prévio, concomitante e posterior.

Quanto ao momento em que se realiza o controle, ele pode ser prévio, concomitante ou posterior ao ato que se pretende controlar. O Ministério Público na área de segurança, portanto, pode se antecipar a ação dos “Órgãos de Segurança Pública”, pode acompanhá-los na atividade ou pode exercer o controle posterior, sendo conveniente que atue nos três momentos.

O **controle prévio** se confunde com o preventivo, porque o Ministério Público, detectando a possibilidade de atuação dos “Órgãos de Segurança Pública” em determinada situação, através de instrumentos de ordem administrativa de orientação, ou judicial de coerção, pode leva-los a agir.

O controle **concomitante** basicamente se destina a manutenção do rumo previamente estabelecido, consistindo em medidas de vigilância e orientação para que os meios que estão sendo empregados permaneçam em proporção com o fim visado.

O **controle de qualidade do inquérito policial e do inquérito policial militar** enquanto se processam, na exigência do estrito cumprimento dos preceitos legais se mostra fundamental, e é exemplo de controle concomitante.

A orientação do policiamento ostensivo em ocasiões específicas também se mostra técnica de controle concomitante e possibilita a adequação dos meios aos fins.

Em São Paulo, por exemplo, como é de conhecimento, em episódio conhecido como “*caso das torcidas uniformizadas*”, em que a violência nos estádios de futebol atingia níveis insuportáveis, a Promotoria da Cidadania, através de medidas judiciais obteve a desconstituição de algumas delas, atuando, ademais, em conjunto com a Polícia Militar no monitoramento da violência e até mesmo na organização do acesso aos estádios. Talvez, tenha faltado a integração do próprio Ministério Público, em face da não participação das Promotorias Criminais, o que pode ter prejudicado a adoção de medidas repressivas adequadas (v.g. ações penais), fato, entretanto, que não retira o mérito de seus protagonistas, mas apenas aponta caminhos para o futuro.

Também o exemplo Baiano: pelo visto na imprensa, quando da comemoração dos quinhentos anos de descobrimento do Brasil, foi a presença de Membros do Ministério Público em Porto Seguro e adjacências que acabou por conter a repressão policial que se mostrava absolutamente desproporcional aos movimentos sociais. Embora essa presença não tenha sido suficiente para evitar, ao que visto, todo o excesso, certamente evitou desgraça maior.

O **controle posterior** deve ser exercido pelo Ministério Público após a atuação do órgão controlado. Pode, ou não, ser corretivo. A investigação policial complementar exercida depois de relatado o inquérito policial, em verdade, é atividade de controle posterior sem cunho corretivo; a expedição de recomendação para aperfeiçoamento na formalização de um ato também tem natureza corretiva.

IV.2.2 - Instrumentos de controle

Dimensionado o controle **finalístico** e elencadas suas espécies, importante que sejam apontados alguns instrumentos condizentes com a proposta, o que se faz exemplificativamente.

IV.2.2.1 – Audiência pública

Sob a ótica administrativa, visando aferir **legitimidade**, definir objetivos e comprovar resultados, o instrumento de grande alcance e de relevo **democrático** incontestável é a **audiência pública**. Realizada pelo Ministério Público como forma de controle dos “Órgãos de Segurança Pública” se mostra adequada para definir objetivos, traçar estratégias e aferir legitimidade e eficiência.

IV.2.2.2 – Participação comunitária.

Outrossim, a **participação comunitária** do Promotor de Justiça, enquanto membro do Ministério Público, em conselhos e movimentos comunitários, agora favorecidos pela regulamentação do chamado “Terceiro Setor”, também se mostra adequado ao controle.

Certa vez contaram aos Promotores de Justiça que seus processos eram “as janelas” pelas quais deveriam enxergar a sociedade e pautarem suas condutas. Percebe-se, entretanto, que o Estado ainda é refratário aos anseios da população, que se afasta ou é alijada da oficialidade (na área criminal a vitimologia explica). Assim, a convivência com as comunidades, ao lado do conhecimento jurídico e experiência forense, certamente proporciona ao membro do Ministério Público, oportunidade de descobrir a verdade “forte”, porque inerente a vida.

IV.2.2.3 – Setor de expedição.

Estruturação de um setor dentro das Promotorias Criminais, em todas elas, para recebimento e expedição de **representações, reclamações ou petições**. Se o Estado ainda é refratário, cabe ao Ministério Público como Órgão Supremo de Controle, proporcionar e facilitar a utilização dos instrumentos de cunho administrativo mencionados, recolhendo o que lhe for próprio e encaminhando o restante.

IV.2.2.4 - Convênios

O Ministério Público precisa de parceiros, até porque o controle é multifário e, assim, recomenda sejam firmados convênios de cooperação, de metas e fins, de meios, etc., para que possa ter o domínio dos fatos.

IV.2.2.5 – Recomendações.

Com o domínio dos fatos, o Ministério Público pode e deve expedir recomendações aos órgãos controlados, com o objetivo de adequação e aperfeiçoamento, visando grau máximo de eficiência.

V – Conclusões:

1-Florescida a “**consciência social de Ministério Público**”, cultivada com sabedoria e serenidade no passado, a Instituição esta comprometida com o regime democrático, não por conveniência ideológica, política ou social preconizada por instituições próprias ao regime na disputa pelo exercício do poder (partidos políticos), mas porque ontologicamente ligada aos anseios de liberdade, igualdade e solidariedade, **preconizados pelo povo em sua Constituição de 1.988**.

2-Porque independente, autônomo e detentor de parcela da soberania oficial (artigos 127/129, C.F.), o Ministério Público é Órgão Supremo do Estado.

3-O Estado Brasileiro, além da tripartição de poderes, com sistema próprio de freios e contrapesos, conta com o Ministério Público que, **ao lado do povo**, é responsável por sistema externo (autônomo) de controle da supremacia do Estado. O Ministério Público especificamente, na preservação da “*ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*”, é órgão de controle do particular (v.g. ação penal pública, ação civil pública, etc.) e do Estado (v.g. ação civil pública, remédios constitucionais, ação direta de inconstitucionalidade, ação interventiva, etc.).

4- “Segurança Pública” é função típica do Estado e, como qualquer outra, sujeita ao controle popular (art. 144, C.F.) e do Ministério Público (art. 127, “caput”, c.c. artigo 129, incisos I e VII, C.F.). O controle externo da “atividade policial”, portanto, atinge todo o “Sistema de Segurança”, como reflexo do regime democrático.

5- O princípio da oficialidade na área de segurança pública e o sistema de controle estabelecido, implicam em regras de integração e harmonia; impõem atuação conjunta (em parceria) para preservar o interesse público. Protagoniza ações pro-ativa do Estado, que deixa de atuar apenas de forma reativa.

6- O Ministério Público detém parcela da soberania do Estado, porque tem legitimidade exclusiva para promoção da ação penal pública. A função representa instrumento de controle da atividade jurisdicional do Estado (garante o contraditório e a imparcialidade no julgamento) e também de controle social (garante a **interrogabilidade do Direito Penal**).

7- O Ministério Público, porque Órgão Supremo, tem domínio sobre as funções decorrentes de sua legitimidade privativa para o exercício da ação penal pública, sob pena de se quebrar a hegemonia oficial, impedindo o exercício da supremacia pelo Estado.

8- A investigação penal, em virtude do princípio teleológico (conclusões 6 e 7), esta sob domínio do Ministério Público (Órgão Supremo), que deve exercer-la de forma concorrente (supletiva ou complementar) com a Polícia Judiciária (Órgão Administrativo).

9- Para o exercício da função de investigação (concorrente), o Ministério Público deve aparelhar as Promotorias de Justiça, incrementar convênios e regulamentar procedimento interno, viabilizando registro e documentação da atividade, para seu controle (v.g. correição), da sociedade (v.g. certidão) e do Poder Judiciário (v.g.- em caso de arquivamento-artigo 28, C.P.P.), como maneira, ademais, de agilizar medidas cautelares

10 – Como Órgão Supremo de controle, o Ministério Público detém função de controle

sobre o “Sistema de Segurança Pública” (art. 127, “caput”, c.c. artigo 129, I e VII, C.F.), o qual deve exercer de forma **permanente e finalística** (de meios e fins), através de suas espécies **formal e material; administrativo e judiciário** (misto); **preventivo e corretivo; prévio, concomitante e posterior**.

11- Para o exercício do controle finalístico do “Sistema de Segurança”, dentre outros, são instrumentos eficazes: **audiência pública, participação comunitária, setor de expedição** (representações, reclamações ou petições), **convênios e recomendações**.

VI - Bibliografia

BORGES, Paulo César Corrêa - Crime Organizado – São Paulo – APMP – 2.000.

CAMPILONGO, Celso Fernandes – O direito na sociedade Complexa – São Paulo – Max Limonad – 2.000

CANOTILHO, J.J. Gomes – Direito Constitucional – Almeida – Coimbra – 1.993.

DALLARI, Dalmo de Abreu – Elementos de Teoria Geral do Estado – São Paulo – Saraiva – 1.995.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo – Ministério Público e Afirmação da Cidadania – São Paulo – Ed. Pelo autor – 1.997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves - Estado de direito e constituição. São Paulo, Saraiva, 1.988

GRECO, Vicente Fº - Tutela Constitucional das Liberdades – São Paulo – Saraiva – 1.989.

MAZZILI, Hugo Nigro - O Ministério Público na constituição de 1.988 – São Paulo – Saraiva – 1.989.

MAZZILI, Hugo Nigro - Regime Jurídico do Ministério Público – São Paulo – Saraiva – 1.993.

MEIRELLES, Hely Lopes - Direito Administrativo – São Paulo – Malheiros – 1.999.

MORAES, Bismael B. – Direito e Polícia – São Paulo – Revista dos Tribunais – 1.986.

NUNES, Luiz Antonio - A lei, o poder e os regimes democráticos. São Paulo, Revistas dos Tribunais, 1.991.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho – A Ciência do Direito: conceito, objeto e método. – Rio de Janeiro – Forense – 1.982.

ROMANO, Roberto - Folha de São Paulo - 09/08/01 - “A oposição dos ‘inimigos’”

SABINO, Júnior Vicente - Jean Jacques Rousseau e o contrato social. São Paulo, Bushatsky, 1.978

SILVA, José Afonso – Direito Constitucional – São Paulo – 1.993.

SPINA, Paulo Mário – AMEIDA COSTA, Roberto A. – Considerações sobre o crime organizado – São Paulo – informativo da APMP, AMMP EM NOTÍCIAS – abril/96.

ADPESP – Revista – Ed. Especial – Controle Externo da Atividade Policial – 1.996.

TESE 02

PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUÍZO, SISTEMA ACUSATÓRIO E MINISTÉRIO PÚBLICO: ANÁLISE DE RESQUÍCIOS INQUISITORIAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Denise Neves Abade

Procuradora da República em São Paulo

I - Exposição

A Constituição Federal impôs um sistema processual penal de caráter acusatório, fato que infelizmente ainda não foi completamente compreendido pela doutrina processualista penal.

Trata-se de voltar as costas para um texto constitucional fundado dentro de padrões democráticos, que, diante da inserção no País de normas integrantes de tratados internacionais sobre direitos fundamentais internalizados, refletiu os anseios da sociedade brasileira de um (novo) sistema persecutório penal.

Tais reflexões vêm à baila em função de inúmeros dispositivos que insistem em sobreviver em nossa legislação processual penal e que afrontam, não há negar, o sistema acusatório consagrado em nossa Carta Política. Essa incompatibilidade é um dos principais pontos para que a comunidade jurídica passe a efetivamente lutar pela reforma do Código de Processo Penal.

Com efeito, embora a Constituição da República não o diga expressamente, não resta dúvida que ela adotou todas as elementares do princípio acusatório, na medida em que conferiu ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, consagrando o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, e assegurando, do mesmo passo, o julgamento dos feitos por um juiz competente e, obviamente, imparcial.

O processo acusatório desenvolve-se, ainda, através do contraditório, sob a presidência de um juiz natural e imparcial. É, por tais motivos, a modalidade de processo que guarda perfeita compatibilidade com o regime democrático.

No processo acusatório, as funções de acusar, defender e julgar integram a atribuição de órgãos distintos, ao contrário do que se dá com o modelo inquisitório.

Um exame superficial da nossa lei processual básica, não exaustivo, demonstra que diversos resquícios de inquisitorialismo, apesar de decorridos treze anos da vigência da Constituição Federal de 1988, ainda subsistem em nosso processo penal e não são sequer

contestados, merecendo aplicação tranqüila, inclusive em nossos tribunais superiores.

Ocorre, porém, que, em razão da nova Constituição Federal, aqueles provimentos legislativos, nitidamente inquisitoriais, não mais poderão conviver em nosso processo penal, uma vez que não recepcionados pela nossa Lei Maior.

II - Introdução

A concepção moderna de sistema processual penal garantista liga-se inevitavelmente ao processo penal acusatório, o qual apresenta como garantias principais, dentre outras, a imparcialidade e independência do juiz, a separação entre juiz e acusação e a garantia do juiz natural.

A imparcialidade no julgamento é consequência direta da separação dos poderes do Estado, já que está relacionada à independência do órgão do Judiciário em relação aos outros poderes e à desvinculação do juiz de qualquer interesse que extrapole o estrito cumprimento da lei.

A função de buscar provas, eminentemente na persecução penal, é característica da acusação. Se o juiz passa a buscar provas contra o réu, inevitavelmente assumirá uma posição contrária à defesa, tomado pela parcialidade.

Assim, as funções investigativas e persecutórias devem ser executadas por órgão independente dos juízes: o Ministério Público.

Não resta a menor dúvida que o texto constitucional abraçou o sistema acusatório. Há clara alusão ao processo acusatório em diversas passagens do artigo 5º da Constituição: contraditório e ampla defesa, juiz natural, igualdade e presunção de inocência. Isso para não falar da titularidade da ação penal pública para o Ministério Público, garantia que separa definitivamente as funções de promover a ação penal e de julgá-la (art. 129, I CF).

Sendo indiscutivelmente acusatório, portanto, o sistema processual penal brasileiro, algumas disposições do Código de Processo Penal e de algumas leis ordinárias, de índole marcadamente inquisitiva, chocam-se frontalmente com o sistema.

Essa discrepância entre os princípios constitucionais e as normas do Código de Processo Penal é mais do que suficiente para justificar uma recodificação, o que está sendo feito, paulatinamente, em propostas para reformas pontuais.

III - Juiz Natural. Conceito

A garantia do juiz natural é expressão do princípio da isonomia e também um pressuposto de imparcialidade do juízo. Consiste, na sua essência, na predeterminação do tribunal competente para o julgamento, proibindo a criação de tribunais *ad hoc* ou a atribuição da competência a um tribunal diferente do que era legalmente competente à data do crime, quando se fala em matéria processual penal.

A garantia está vinculada ao pensamento iluminista e, conseqüentemente, à Revolução Francesa, já que com ela foram suprimidas as justiças senhoriais e todos passaram a ser submetidos aos mesmos tribunais.

Nesse quadro, veio à tona a idéia de juiz natural (ou juiz legal, utilizando a expressão alemã) com o escopo de extinguir os privilégios das justiças senhoriais (foro privilegiado), assim como afastar a criação de tribunais de exceção, ditos *ad hoc* ou *post factum*.

Todos passaram, assim, a ser julgados por um juiz com competência previamente estabelecida pela lei vigente antes da prática do crime.

Seguindo o alerta da nossa melhor doutrina, o legislador constituinte tratou a questão do juiz natural como garantia constitucional, no art. 5º, LIII: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

A respeito do que vem a ser juízo competente, o professor **JORGE DE FIGUEIREDO DIAS** esclarece que “o princípio do juiz natural visa, entre outras finalidades estabelecer a organização fixa dos tribunais”¹, mas ela “não é ainda condição bastante para dar à administração da justiça - *hoc sensu*, à jurisdição - a ordenação indispensável que permite determinar, relativamente a um caso concreto qual o tribunal a que, segundo a sua espécie, deve ser entregue e qual, dentre os tribunais da mesma espécie, deve concretamente ser chamado a decidi-lo”².

Assim, seguindo o pensamento do professor de Coimbra, faz-se necessário regulamentar o âmbito de atuação de cada tribunal, de modo a que cada caso concreto seja da competência de apenas um tribunal: o juiz natural.

Aliás, pensamento diverso poderia abrir um precedente capaz de possibilitar a escolha de um juiz “mais interessante” para o julgamento de determinados casos, depois desses terem acontecido, segundo critérios pessoais (mais liberal ou mais conservador, por exemplo), o que pode indicar na direção da suspeita da sua imparcialidade (em juízo *a priori*, naturalmente), algo sempre abominado pela reta Justiça.

Ressalte-se, ainda, que o chamado princípio da identidade física do juiz não se confunde com o princípio do Juiz Natural. Por este, ninguém poderá ser processado ou sentenciado por juiz incompetente, ou seja, o juiz natural é o juiz competente, aquele que tem sua competência legalmente preestabelecida para julgar determinado caso concreto.

Já pelo princípio da identidade física, assegura-se aos jurisdicionados a vinculação da pessoa do juiz ao processo. Assim, por exemplo, pelo disposto no Código de Processo Civil, o juiz competente responsável pela conclusão da audiência de instrução e julgamento vincular-se-á ao processo e deverá, então, julgar a lide. Resta claro, destarte, que os princípios supracitados não se confundem e que o art. 132, do CPC, refere-se tão-só ao princípio da identidade física do juiz. No nosso processo penal, todavia, jamais teve ele aplicação, pela própria natureza do sistema adotado.

1. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*, Coimbra : Coimbra, 1974, p. 328.

2. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito...* Op. cit. p.328-329

Com relação à questão da imparcialidade, a partir do desenvolvimento do conceito de igualdade jurídica (“todos são iguais perante a lei”), bem como da visão que se começa a se delinear sobre a ação e o processo (a ação não é mais um direito material violado que se põe em movimento, de cunho marcadamente individualista; e o processo não é mais sinônimo de meros ritos), quando se passa a falar em um interesse público na resolução dos conflitos, verifica-se que o papel do juiz passa a ser mais efetivo na relação processual.

Corolário desta concepção, que chega até os dias atuais, é o de que o juiz constitui-se um órgão *super et inter partes* ou, em outra acepção, *super omnia*, como supracitado.

Assim, o juiz, como um órgão neutro e imparcial, que por não ter interesse direto no caso, tutela a igualdade das partes no processo. Com isto, está-se buscando a manutenção do seu escopo último: a pacificação dos conflitos de interesses e a justiça.³

Afinal, ao menos em tese o judiciário só existe porque é imparcial e sujeito à lei, e a justiça consiste em um método de decisões imparciais.

A imparcialidade funciona como uma meta a ser atingida pelo juiz no exercício da jurisdição, razão pela qual se busca criar mecanismos capazes de garanti-la.

Desta forma, a imparcialidade é uma garantia tanto para aquele que exerce a jurisdição, como para aquele que demanda perante ela. A presença de um juiz independente e imparcial é, nos dizeres de **COMOGLIO**, “nevrálgica” no quadro de um processo constitucionalmente correto justo.⁴

IV - O Princípio da Inércia da Jurisdição e do Juiz Natural no Processo Penal

Conforme já afirmado, o princípio do juiz natural revela-se como proibição constitucional do juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, inciso XXXVII da Constituição Federal) e também como garantia de que ninguém será processado ou sentenciado senão pelo juiz competente (art. 5º, inc. LIII, CF), preconstituído por lei.

Nos dizeres de **FIGUEIREDO DIAS**, é “o direito fundamental dos cidadãos a que uma causa seja julgada por um tribunal previsto como competente por lei anterior, e não ad hoc criado ou tido como competente”⁵.

A premissa do juiz pré-constituído não deve ser interpretada, contudo, de forma absoluta – a interpretação deve sempre buscar a finalidade do princípio, que consiste na garantia de um juiz imparcial e independente.

Assim, foram recepcionados pela Constituição os dispositivos do Código de Processo Penal que permitem a remessa dos autos a juiz diverso do da causa.

Isso porque nem sempre o espírito de um juiz preconstituído em lei consegue pautar-se

3. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo : RT, 1987, p.220 e ss

4. COMOGLIO, Luigi Paolo. “Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XLVIII – n.º 04 – Dicembre 1994, p. 1094.

5. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal: volume I*. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1981, pg. 322.

de forma exclusivamente racional, apesar das prerrogativas da função criadas constitucionalmente para preservar sua independência e, conseqüentemente, sua imparcialidade: a vitalicidade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimento (artigo 95 da CF).

Muitas vezes, as tendências da época, as convicções políticas, conscientes ou inconscientes, e até os preconceitos do juiz influenciam mais que o silogismo na edição da sentença e determinação do direito que cabe as partes.

Se por um lado a neutralidade absoluta do juiz é uma utopia, há que se salientar que o conceito de neutralidade não se confunde com o da imparcialidade. Este presume a atuação do juiz sem interesse específico ou próprio na composição de determinado litígio, exceto seu próprio sentimento de civismo e justiça, que não é neutro. Logo, é óbvio que o magistrado, ao julgar, por mais racional que seja, deixa-se influenciar pela tese que mais próxima esteja de suas convicções jurídicas, políticas, religiosas, etc. Mas não deve jamais decidir com o intento de garantir uma solução do litígio que seja conveniente aos interesses ou sentimentos próprios ou alheios. Portanto, o juiz jamais será neutro, mas tem que ser imparcial.

Por conseguinte, a lei não deve correr o risco de ver o juiz influenciado por sentimentos de ódio ou amor, relação econômica, temor ou de litígio para com qualquer das partes, ou por as ter aconselhado, bem como pelo interesse que determinada solução da lide pode lhe trazer, por estar ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, respondendo a processo por fato análogo, cujo caráter criminoso haja controvérsia, impondo-lhe que se declare suspeito ou, se não os fizer, facultando a qualquer das partes a sua recusa (artigo 254 do CPP).

De modo semelhante, quando o juiz, seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau inclusive, for parte ou tiver interesse no feito ou participou deste como advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito, ou tenha o juiz sido testemunha no processo ou atuado como magistrado em outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão, tem o juiz sua imparcialidade manifestamente prejudicada, considerado-o, a lei, impedido de exercer a função jurisdicional no feito (artigo 252 do CPP).

Assim, é plenamente compatível com o princípio do juiz natural a exigência de remessa imediata do processo ao substituto legal em caso de suspeição, impedimento ou incompatibilidade (artigo 112 do CPP) de juiz de primeira instância, ou, nas mesmas hipóteses, sendo juízes de instância superior (tribunais), deixarem estes de participar da votação e, caso seja relator ou revisor, remeter o processo ao seu substituto (artigo 103 do CPP).

Em todas essas hipóteses a lei busca excluir qualquer possibilidade de uma atuação parcial do Magistrado, cumprindo a finalidade do próprio princípio do juiz natural.

O princípio do juiz natural preconiza, ainda, a necessidade de uma racionalização na organização da função jurisdicional, preconstituída em lei. Contudo, pela própria ordem natural das coisas, essa organização não pode ser estática. Algumas vezes, em razão da complexidade da causa, face à continência ou conexão, a lei prevê regras de prorrogação de competência, dilatando a jurisdição de um juiz incompetente sobre a de um outro. Em todos estes casos não há afronta ao princípio do juiz natural, pois, apesar de serem causas que provocam modificações na competência, estão prefixadas em lei e funcionam como fatores dinâmicos da própria racionalização da organização da função jurisdicional, exigida em razão do próprio princípio do juiz natural.

Como nos casos acima vistos, as substituições, em virtude de férias, licença, morte etc., previstas nas leis orgânicas da magistratura, sendo preconstituídas ao fato, não ofendem o princípio do juiz natural, que não se confunde com o postulado da identidade física do juiz, princípio que não vigora em direito processual penal.

Por outro lado, não se pode confundir as justiças especiais com os juízos de exceção vedados pelo princípio do juiz natural. Os tribunais ou juízos de exceção são os criados *post factum*, constituídos *ad hoc* para o julgamento de um ou vários casos determinados.

Portanto, podemos afirmar que o princípio estudado, em seu sentido pleno, possui tríplice aspecto, como nos faz concluir **FIGUEIREDO DIAS**⁶:

a) só a lei pode instituir o juiz e fixar-lhe a competência e suas modificações, bem como, as formas e casos em que se permite a substituição em razão de férias, licença, aposentadoria, morte, promoção, remoção, etc;

b) a fixação do juiz e de sua competência e suas modificações, bem como as formas e casos em que se permite a substituição em razão de férias, licença, aposentadoria, morte, promoção, remoção etc., têm que estar previstas em lei anterior à infração penal, objeto do processo: a preconstituição em lei;⁷

c) exige-se que a lei fixe a competência dos juízes em critérios genéricos e racionais, que não permitam a criação de tribunais para julgar casos concretos ou determinados grupos de casos, proibindo os juízos ou tribunais de exceção.

V - Garantia de Imparcialidade do Juízo e Sistema Acusatório

Historicamente, o Processo Penal foi evoluindo de uma visão privatista, com um sistema acusatório individualista, para uma concepção publicista, que surgiu, basicamente, a partir da consolidação do Ministério Público como titular do direito de ação.

Assim, da acusação penal privada, outorgada ao ofendido (e, depois, a qualquer pessoa do povo) na sociedade romana, passou-se ao sistema inquisitório medieval, quando se atentou que o interesse de perseguir e punir os agentes delituosos cabia primordialmente ao Estado e suas instituições. O juiz passou a formular a acusação penal.

Se, por um lado, o sistema inquisitório apresentou uma evolução ao antigo sistema acusatório individualista, no sentido de que a acusação deixou de ser privada e passou às mãos do Estado, quebrou-se o triângulo processual antes existente entre acusador, réu e juiz. O juiz acusador não possuía imparcialidade, já que, partia de um convencimento prévio, que procurava comprovar posteriormente. O réu passou a ser mero objeto de investigação.

A partir daí, atentou-se para a necessidade de se afastar o juiz de toda e qualquer atribuição persecutória, preservando-se sua neutralidade e imparcialidade – mas sem se esquecer

6. DIAS, Jorge de Figueiredo. Ob. Cit, pg. 322.

7. No ordenamento pátrio, contudo, não há a exigência de juiz natural preconstituído por lei.

que o interesse de perseguir e punir os criminosos continuava a ser antes de tudo do Estado.

Assim, o Estado, por meio da institucionalização do Ministério Público, assumiu a titularidade da persecução penal em juízo – sem que com isso restasse comprometida a imparcialidade judicial. Voltou-se ao sistema acusatório – mas, desta vez, o sistema foi publicizado.

A partir da adoção do sistema acusatório em nosso País, retirou-se o juiz da apuração das infrações penais, criando-se um procedimento, o inquérito policial, que é presidido por autoridade vinculada ao Poder Executivo – e que, por isso mesmo, tem natureza administrativa, não se apresentando como fase processual, mas como investigação prévia destinada à formação da convicção do titular da ação penal, o Ministério Público.

O Ministério Público, assim, tem função primordial para o aperfeiçoamento do sistema acusatório, assumindo a titularidade da ação penal e mantendo o juiz distante dos interesses das partes.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, depurou-se o sistema acusatório no País, outorgando ao Ministério Público exclusividade na fiscalização da atividade da polícia judiciária, afastando de vez o juiz das atividades persecutórias que persistiam em permanecer no Código de Processo Penal brasileiro – resquícios intoleráveis de inquisitorialismo.

A violação da garantia da imparcialidade do juízo verifica-se sempre que haja uma participação do juiz no inquérito ou na instrução do processo, como manifestação de circunstâncias especiais que revelem a possibilidade de ter sido formada uma intensa convicção de culpabilidade pelo futuro juiz de julgamento.

Encontram-se delimitados, assim, em razão da intensidade da participação nas fases preliminares e das respectivas condições, os fatores que afetam uma garantia substancial da estrutura acusatória, permitindo a plena satisfação do contraditório e da imparcialidade e da isenção do juiz do julgamento.

O respeito pelas garantias de defesa e pela presunção de inocência também impõe condições objetivas em abstrato adequadas a impedir um juízo parcial e comprometido do julgador relativamente aos fatos.

Em razão do princípio do acusatório, não pode, pois, haver julgamento sem prévio exercício da ação penal. O fato e o agente indicados na acusação delimitam o objeto da jurisdição.

Materialmente, pois, é o Estado, enquanto titular que é do *ius puniendi*, que acusa e quem julga. Mas, formalmente, um é o órgão que procede ao julgamento (o juiz); outro, o que promove o processo (o Ministério Público).

Funcionando no processo criminal o Ministério Público como parte, realiza-se o princípio acusatório – o único que permite conciliar o interesse público da punição com o da imparcialidade do julgador.

A acusação é, assim, a condição processual indispensável para que o argüido possa ser submetido a julgamento. Como já dito, é pela acusação que se define e se fixa o objeto do processo, isto é, o *thema decidendum* do julgamento. Na verdade, apenas a infração e o seu autor, tal como são identificados na acusação, podem ser objeto de absolvição ou de condenação.

Sobre este tema, escreve FIGUEIREDO DIAS que “a imparcialidade e objetividade”

são, “conjuntamente com a Independência”, “condições indispensáveis de uma autêntica decisão judicial” e que elas “só estarão asseguradas quando a entidade julgadora não tenha funções de investigação preliminar e acusação das infrações, mas antes possa apenas investigar e julgar dentro dos limites que lhe são postos por uma acusação fundamentada e deduzida por um órgão diferenciado (em regra o Ministério Público ou um juiz de instrução)”, afirmando ainda: “É precisamente com este conteúdo que modernamente se afirma o princípio da acusação”.⁸

Ao consagrar a garantia do processo criminal de tipo acusatório a Lei Fundamental pretende assegurar que a entidade que julga (o juiz) não tenha funções de investigação e acusação: esta última tarefa há-de ser levada a efeito por uma outra entidade (em regra, o Ministério Público); e, no julgamento do feito penal, há-de o juiz mover-se dentro dos limites postos pela acusação. Com isto, como decorre do que atrás se disse, pretende a Constituição que os arguidos, que hajam de ser submetidos a julgamento, acusados da prática de uma infração criminal, tenham um julgamento independente e imparcial, que é, justamente, o que também se lhes garante a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, integrante do nosso ordenamento jurídico por força do Decreto 678/92.

Com efeito, num Estado de direito, a solução jurídica dos conflitos há de fazer-se sempre com observância de regras de independência e de imparcialidade, pois tal é uma exigência do direito de acesso aos tribunais.

Para que haja um julgamento independente e imparcial, necessário é que o juiz que a ele proceda possa julgar com independência e imparcialidade.

É certo que a independência do juiz é, também, um dever — um dever ético-social. A independência vocacional, ou seja, a decisão de cada juiz de, ao dizer o Direito, o fazer sempre esforçando-se por se manter alheio — e acima — de influências exteriores é, assim, o seu *punctum saliens*. A independência, nessa perspectiva, é, sobretudo, uma responsabilidade que terá a dimensão ou a densidade da fortaleza de ânimo, do caráter e da personalidade moral de cada juiz.

Não obstante essas observações, não se pode prescindir de um quadro legal que promova e facilite aquela “independência vocacional”.

Assim, necessário é que o desempenho do cargo de juiz seja rodeado de cautelas legais destinadas a garantir a sua imparcialidade e a assegurar a confiança geral na objetividade da jurisdição.

É que, quando a imparcialidade do juiz ou a confiança do público nessa imparcialidade é justificadamente posta em causa, o juiz não está em condições de administrar justiça. Nesse caso, não deve poder intervir no processo, antes deve ser pela lei impedido de funcionar.

Importa, pois, que o juiz que julga o faça com independência. E importa, bem assim, que o seu julgamento surja aos olhos do público como um julgamento objetivo e imparcial. É que a confiança da comunidade nas decisões dos seus magistrados é essencial para que os tribunais, ao administrar a justiça, atuem, de fato, visando uma sociedade livre, justa e solidária e promovendo o bem de todos. (cfr. art. 3º da Constituição Federal).

Somente o sistema acusatório público garante a democratização efetiva do sistema penal.

8. *Direito Processual Penal*, 1 volume, Coimbra, 1981, págs. 136 e 137.

Não há saída democrática sem um judiciário prestigiado, independente e responsável.

Encontra-se enraizado no senso comum dos juristas, na atualidade, o reconhecimento de um direito fundamental a que a aplicação de penas resulte do respeito a um sistema processual acusatório. Como observou Frederico Marques: “o sistema inquisitivo, além de incompatível com os fundamentos das garantias individuais, apresenta inúmeras imperfeições”.

Embora nem o sistema acusatório, nem o princípio fundador do qual este herdou seu nome encontrarem-se expressamente enunciados no ordenamento constitucional (como o fez a Carta Política de Portugal), não resta dúvida que o processo penal tem estrutura acusatória. Essa orientação se deduz dos princípios gerais adotados no contexto de suas normas, admitindo-se que o princípio da acusação foi recepcionado pela nossa lei fundamental, conforme a cláusula inscrita no art. 5º, § 2º.

A essência do princípio acusatório é identificável e está claramente afirmada em pactos e Declarações Internacionais de Direitos Humanos. Trata-se do direito a um julgamento imparcial que resulta do respeito ao princípio da igualdade.

Com efeito, é através da concessão de iguais oportunidades às partes que o processo pode se converter num instrumento eficaz de busca da verdade material.

Dentre os atos internacionais vigentes no Brasil e que prestigiam o direito à imparcialidade do juízo podemos citar: o art. X da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1948, que fala em direito a “tribunal independente e imparcial”; o n° 1 do art. 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela assembléia geral da ONU em 1966 e vigente desde 1976, que pormenoriza o enunciado anterior, exigindo “um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal” (o pacto foi aprovado pelo Decreto legislativo 266, de 12.12.91 e promulgado pelo Decreto 592, de 6.7.92); o artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que proclama que “toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Como se percebe, o direito à imparcialidade de julgamento vem sendo construído, nas normas internacionais de proteção aos direitos humanos, num progressivo detalhamento, o qual se faz necessário para assegurar a efetividade desta norma garantia no plano interno, aonde os conflitos entre a pessoa e o Estado se estabelecem.

Repare-se, contudo, que a nossa legislação processual penal foi ditada por Decreto-lei em 1941, no contexto autoritário do Estado Novo. Em que pese a excelência da comissão de juristas que elaborou seu anteprojeto e sua intenção, manifestada no item V da Exposição de Motivos, de estabelecer uma “completa separação entre o juiz e o órgão de acusação”, a lei processual penal e a praxe judiciária brasileira ainda não realizam plenamente o direito a um julgamento imparcial.

Pior, já na vigência da atual Constituição e na vigência dos Pactos de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil foram aprovadas a Lei n° 9034/95 (lei de combate ao crime organizado) e a Lei n° 9296/96 (lei das interceptações telefônicas) as quais ainda preservam parcela de atividade persecutória aos juizes, comprometendo a imparcialidade que deveria ser assegurada.

Portanto, a exemplo do direito de acesso à justiça, o direito a um julgamento imparcial exige a adoção de regras jurídicas internas destinadas a materializar seu comando normativo.

O Direito ao sistema acusatório, como se viu, é espécie de direito humano, de garantia, que traduz a exigibilidade da adoção de um dado modelo de organização do Estado (modelo esse que precisa ser explicitado em princípios e regras estruturais) servindo como técnica de limitação do poder.

Não é uma simples diretriz ou a expectativa abstrata de proteção futura de bens, ao contrário, há um direito público subjetivo, vigente, eficaz mas não inteiramente auto-aplicável, materializado na pretensão de paridade de tratamento e de armas entre acusação e defesa, como pressuposto de justiça na equação processual.

A imparcialidade e o tratamento equitativo que se espera seja dispensado a cada um dos integrantes da sociedade politicamente organizada são elementos essenciais da idéia de justiça, seja em sentido formal, seja substantivo. Para atribuir ao sistema a qualidade de justo é preciso assegurar que a ordem jurídica seja imparcial e regularmente mantida.

Um processo penal que se pretenda justo deve estabelecer uma separação nítida de papéis entre as partes em conflito e o julgador. Entre jurisdição e ação.

As regras processuais que colidem com o direito a um julgamento imparcial, substancialmente considerado, podem ser agrupadas conforme digam respeito aos poderes de impulso, de investigação, de produção de provas, de cautela e de modificação da demanda.

Há um reconhecimento quase natural da incompatibilidade das normas que conferiam poder de iniciativa aos juízes. As normas que estabeleciam instauração *ex officio* de ação penal em caso de contravenções (artigos 26 e 531 do CPP) foram repudiadas a partir da consagração, em sede constitucional, da exclusividade do Ministério Público como titular da ação penal. No entanto, de modo que nos parece incoerente, tem-se admitido que a norma do art. 5º, II do CPP, que confere aos juízes poder de requisitar instauração de inquérito, não viola o sistema acusatório.

Quanto aos poderes de investigar já se encontra certa hesitação. O Código de Processo Penal estabelece que a devolução dos autos à autoridade policial para novas diligências (art. 10, § 3º) é matéria de deliberação judicial, o que tem sido aceito ao argumento de que as normas do artigo 129, I e IV da Constituição não teriam eficácia plena, carecendo de regulamentação no particular, muito embora com flagrante incompatibilidade com o princípio acusatório. Não obstante, a prática de fazer transitar autos de inquérito diretamente entre Ministério Público e polícia vem se disseminando.

Também os artigos 13, II e 16 do CPP conferem participação ao juiz na fase de investigação e tem sido reconhecido ao magistrado, que se deseja imparcial, a possibilidade de emitir um pré-julgamento sobre as investigações em curso, delimitando quais diligências são imprescindíveis ou até mesmo determinando-as.

Mais grave são as Leis nº 9.034/95 e 9.296/96. Ambas contemplam uma larga margem de interferência do juiz na fase de investigação e mesmo severamente criticadas, ainda não tiveram sua constitucionalidade negada. Por maioria de votos, vencido o Ministro Sepúlveda Pertence, o Supremo Tribunal Federal, liderado pelo Ministro Maurício Corrêa, considerou que o magistrado tem poderes instrutórios e que a coleta de provas não desvirtua a função do juiz nem lhe compromete a imparcialidade.

A iniciativa em matéria de produção de prova (art. 156; § único do art.181; art. 209 do CPP) tem sido aceita, ao menos em caráter supletivo, em nome do *favor rei*, visando suprir possível deficiência da defesa. No tocante ao exercício do poder de cautela, independentemente de provocação, tanto no que diz respeito à prisão, conforme admite o artigo 311, do CPP, quanto à decretação de medidas assecuratórias de eventual direito à reparação de dano, como o seqüestro, previsto no artigo 127 do Código, tem havido aplicação rotineiramente quase sem qualquer questionamento .

Também vem sendo admitida, sem reflexão maior, a intervenção judicial visando modificar a causa de pedir, tolerando-se o previsto nos artigos 384 e 408, § 4º do CPP .

O sentido e a função das garantias de imparcialidade e isenção do julgador estão constitucionalmente associados à estrutura acusatória do Processo Penal. Porém, não basta esta estrutura para que aquelas garantias sejam asseguradas, nem tem que existir um sistema único e rígido de satisfação de tais garantias.

Assim, a par de uma distinção entre as autoridades judiciais competentes para a instrução e para o julgamento, pode e deve existir um mecanismo processual de recusa do juiz que realiza o julgamento.⁹ Este mecanismo teria como objetivo, em face de circunstâncias graves, assegurar a imparcialidade e a isenção de quem julga.

V.1 - Requisição de inquérito policial por magistrado

O artigo 5º, inciso II, primeira parte do Código de Processo Penal dispõe que, nos crimes de ação penal pública, o inquérito policial será iniciado *“mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo”*.

Entendemos que esse artigo não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, por absoluta incompatibilidade com o sistema acusatório adotado por nosso ordenamento – não obstante a observação de que a maior parte da doutrina, não reservando estudo mais apurado sobre o tema, acaba por não constatar óbice ao texto legal.

O dispositivo fere frontalmente o princípio da iniciativa das partes, segundo o qual, para **FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO** *“cabe à parte provocar a prestação jurisdicional. Tal princípio vem cristalizado no velho aforismo nemo iudex sine actore ou ne procedat iudex ex officio: não há juiz sem autor, ou: o juiz não pode proceder, não pode dar início ao processo, sem a provocação da parte. Se a ação penal é o direito de se invocar a tutela jurisdicional-penal do Estado, não se concebe, por incongruente, que o próprio Estado-juiz invoque a si mesmo a tutela em apreço. (...) Desse modo, ocorrendo um crime de ação penal*

9. No ordenamento brasileiro, há previsão genérica de recusa em oficiar em feitos quando há impedimento ou suspeição do juízo. O segundo conceito abrange a suspeição por foro íntimo, que é por demais abrangente para abraçar determinadas hipóteses. Para citar um exemplo do direito comparado, diferentemente da legislação nacional, o artigo 43º, nº 1 do Código de Processo Penal de Portugal prevê especificamente a intervenção judicial noutros processos ou em fases anteriores do mesmo processo; o mesmo ocorre no texto do artigo 43, n.º 2, aprovado pela Lei nº 59, de 25 de Agosto de 1998.

pública, cabe ao Estado-administração, representado pelo Ministério Público, levar o fato ao conhecimento do Estado-juiz e pedir-lhe a aplicação da sanção juris àquele que violou a lei penal. (...) É, assim, o próprio titular do direito à ação quem deve ou quem pode provar a função jurisdicional”¹⁰

De fato, a regra prevista no artigo 5º, II do Código de Processo Penal adequava-se à antiga situação – hoje não mais existente, por incompatível com a imparcialidade do juízo e com o sistema acusatório – de o juiz ingressar de ofício com ação penal pública.

Com a consagração da garantia do juiz natural – que abrange a garantia de juiz imparcial – e do sistema acusatório, o oferecimento de ação penal pelo órgão judiciário foi completamente revogado – e assim também o foi a possibilidade de requerimento de instauração de inquérito policial por parte do magistrado.

Ora, a instauração de inquérito policial tem como único escopo subsidiar a formação da *opinio delicti* por parte do Ministério Público. Saliente-se que não é indispensável a instauração de inquérito (artigo 39, § 5º CPP), já que a denúncia pode ser oferecida com bases em peças de informação (artigo 28 e 513 do Código de Processo Penal), que podem ser coletadas inclusive por meio de procedimento efetuado pelo Ministério Público (artigo 129, VI da Constituição).

Assim, decidir pela requisição ou não do inquérito policial é o mesmo que decidir pela realização ou não de colheita de elementos de convicção para a formação da *opinio delicti* – função atribuída constitucionalmente de forma exclusiva, no caso de ação penal pública, ao *Parquet*.

Ao magistrado cabe dizer o direito no caso concreto, atentando para os direitos fundamentais e sua imprescindível neutralidade, sendo-lhe absolutamente vedado agir como parte. Não pode o Poder Judiciário atribuir a si próprio a função de deliberação sobre a *opinio delicti*.

Pelo texto do artigo 129, I da Constituição Federal, depreende-se que somente o órgão privativamente legitimado à propositura da ação penal pública poderá requisitar instauração de inquérito nesses casos.

Essa corrente vem se fortalecendo perante a doutrina e jurisprudência. A respeito do tema, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em sessão plenária com votação unânime, que *“não mais subsistem, em face da irresistível supremacia jurídica de que se reveste a norma constitucional, as leis editadas sob regimes constitucionais anteriores, que deferiam a titularidade do poder de agir, mediante ação penal pública, a magistrados, a autoridades policiais ou a outros agentes administrativos”*.¹¹

Em seu voto, o relator do recurso, d. Ministro Celso de Mello, salienta: *“É inválida a sentença penal condenatória, nas infrações perseguíveis mediante ação penal pública, que tenha*

10. TOURINHO FILHO, FERNANDO. *Processo Penal*, vol I, São Paulo, Saraiva Ed., 1992, p. 155.

11. RHC n.º 68.314, relator Ministro Celso de Mello, Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 134/369. Tribunal Regional Federal da 2ª Região que inquérito instaurado por magistrado deve ser trancado, por falta de legitimidade da autoridade requisitante (HC 214842, 2ª Turma, rel. Rogério V. de Carvalho, publicado no DJ de 14.04.1994 e HC 217937, 2ª Turma, rel. Sérgio D'Andrea, publicado no DJ de 26.10.1993).

sido proferida em procedimento persecutório instaurado, a partir da Constituição Federal de 1988, por iniciativa de autoridade judiciária, policial ou militar”.

Assim, a garantia de imparcialidade do juízo não se coaduna com a possibilidade de iniciativa de provocação jurisdicional por parte do próprio Poder Judiciário – o que ocorre na hipótese de requisição de inquérito policial pelo magistrado. O sistema acusatório reserva ao Ministério Público a decisão sobre a abertura de procedimento para colheita de elementos de convicção de sua *opinio delicti*.

V.2 - Investigação feita pelo Judiciário – os inquéritos judiciais

A lei prevê duas hipóteses de investigação pré-processual feita por membro do Poder Judiciário: na lei de falências (art. 103 e ss) e no caso de infração criminal cometida por juiz (artigo 33, parágrafo único da Lei Orgânica da Magistratura). Embora as hipóteses se choquem definitivamente com o texto constitucional, a questão não vem sendo apropriadamente destacada pela doutrina, que pouco vem se debruçando sobre o assunto.

A Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar n.º 35, de 14 de março de 1979) dispõe, como prerrogativa dos magistrados, a investigação procedida pelo tribunal sempre que houver indício de prática de crime por parte de um juiz, o que atenta o sistema acusatório.

A corrente tradicional costuma fazer um paralelo entre esta hipótese de investigação inquisitiva com o caso, aparentemente semelhante, de remessa ao Procurador-Geral dos autos que contenham indício de prática de crime por parte de membro do Ministério Público, conforme previsto na LONMP - Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93).

DAMÁSIO E. DE JESUS afirma que ambas as hipóteses constituem *imunidade processual*, que “*acoberta o membro da Magistratura e do Ministério Público da possibilidade de se contra ele instaurado inquérito policial pelo Delegado de Polícia ou que possa o procedimento persecutório iniciado contra terceiro, quando envolvido um ou outro, ter prosseguimento normal no âmbito estritamente policial*”, configurando “*desdobramento do foro especial decorrente da prerrogativa de função (CPP, art. 87)*.”¹²

Discordamos desta posição. Ora, o pressuposto de que tal prerrogativa seria desdobramento do foro especial vale-se da assertiva de que, se a competência constitucional para conhecer a ação penal não é do juiz de primeiro grau, mas do Tribunal de segunda instância, não seria lógico atribuir-se ao delegado de polícia a presidência das investigações.

Contudo, deve se salientar que, no sistema acusatório, há maior relevo, na atividade persecutória pré-processual, à autoridade a quem o inquérito será dirigido, *dominus litis*: o Ministério Público. O qual, diferentemente da Polícia Judiciária, está escalonado, tal qual a Magistratura, em órgãos de primeira e segunda instância. Assim, não haveria qualquer óbice que ferisse a prerrogativa de foro especial na investigação procedida por membro do Ministério Público de segunda instância.

Ademais, ao se conferir, como se pretende no caso da LOM, investigação e julgamento

12. JESUS, Damásio E. *Código de Processo Penal Anotado*, São Paulo, Saraiva, 1995, p.746.

a um mesmo órgão do Estado – o Judiciário-, afronta-se flagrantemente a garantia de imparcialidade, caindo-se em um intolerável processo inquisitivo. Tão intolerável quanto seria, por exemplo, a previsão na LONMP de julgamento de membro do Ministério Público pela sua própria instituição. Dito assim, parece óbvio: Ministério Público não julga; Judiciário não investiga...

Nesse sentido, registre-se as palavras do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Vicente Cernicchiaro: *“A acusação não se confunde com o juiz. Aquela imputa o fato “infração penal”; este, por seu turno, com imparcialidade, após a instrução, expede a sentença.”* (grifamos)¹³

A hipótese de inquérito judicial na lei de falências igualmente não encontra abrigo no sistema processual albergado por nossa Constituição. A Lei de Falências (Decreto-lei nº 7.661/45) prevê, na apuração da prática de crime falimentar, que o inquérito seja presidido por um juiz, que, dessa maneira, exerce função persecutória penal, em nova violação ao sistema acusatório.

A fase que antecede a ação penal exige o completo afastamento do juiz da persecução criminal em um sistema que pretenda ser acusatório. Em tal etapa do procedimento, só encontra justificativa a presença do magistrado quando pratica atos jurisdicionais que tenham por fim assegurar direitos fundamentais não relacionados, diretamente, com o fato em apuração.

Assim, há que se combater tais dispositivos, que, de forma promíscua, sobrevivem em nossa legislação processual penal, afrontando o sistema acusatório consagrado em nossa Carta Política.

VI - Conclusão

1. O conceito de sistema processual penal garantista liga-se inevitavelmente ao processo penal acusatório, o qual apresenta como garantias principais, dentre outras, a imparcialidade e independência do juiz, a separação entre juiz e acusação e a garantia do juiz natural. A imparcialidade no julgamento é consequência direta da separação dos poderes do Estado, já que está relacionada à independência do órgão do Judiciário em relação aos outros poderes e à desvinculação do juiz de qualquer interesse que extrapole o estrito cumprimento da lei. A função de buscar provas, eminentemente na persecução penal, é característica da acusação. Se o juiz passa a buscar provas contra o réu, inevitavelmente assumirá uma posição contrária à defesa, tomado pela parcialidade.

2. A garantia do juiz natural é expressão do princípio da isonomia e também um pressuposto de imparcialidade do juízo. Consiste, na sua essência, na predeterminação do tribunal competente para o julgamento, proibindo a criação de tribunais *ad hoc* ou a atribuição da competência a um tribunal diferente do que era legalmente competente à data do crime, quando se fala em matéria processual penal.

3. É direito fundamental dos cidadãos que uma causa seja julgada por um tribunal previsto como competente por lei anterior, e não *ad hoc* criado ou tido como competente. A premissa do

13. CERNICCHIARO, LUIZ VICENTE. “A denúncia na lei de falência”, artigo extraído do site do jornal Correio Braziliense.

juiz pré-constituído não deve ser interpretada, contudo, de forma absoluta – a interpretação deve sempre buscar a finalidade do princípio, que consiste na garantia de um juiz imparcial e independente.

4. A partir da adoção do sistema acusatório em nosso País, retirou-se o juiz da apuração das infrações penais, criando-se um procedimento, o inquérito policial, que é presidido por autoridade vinculada ao Poder Executivo – e que, por isso mesmo, tem natureza administrativa, não se apresentando como fase processual, mas como investigação prévia destinada à formação da convicção do titular da ação penal, o Ministério Público. O Ministério Público, assim, tem função primordial para o aperfeiçoamento do sistema acusatório, assumindo a titularidade da ação penal e mantendo o juiz distante dos interesses das partes.

5. Com o advento da Constituição Federal de 1988, depurou-se o sistema acusatório no País, outorgando ao Ministério Público exclusividade na fiscalização da atividade da polícia judiciária, afastando de vez o juiz das atividades persecutórias que persistiam em permanecer no Código de Processo Penal brasileiro – resquícios intoleráveis de inquisitorialismo. A violação da garantia da imparcialidade do juízo verifica-se sempre que haja uma participação do juiz no inquérito ou na instrução do processo, como manifestação de circunstâncias especiais que revelem a possibilidade de ter sido formada uma intensa convicção de culpabilidade pelo futuro juiz de julgamento.

6. O artigo 5º, inciso II, primeira parte do Código de Processo Penal, que dispõe que, nos crimes de ação penal pública, o inquérito policial será iniciado “*mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo*”, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, por absoluta incompatibilidade com o sistema acusatório adotado por nosso ordenamento – não obstante a observação de que a maior parte da doutrina, não reservando estudo mais apurado sobre o tema, acaba por não constatar óbice ao texto legal. O dispositivo fere frontalmente o princípio da iniciativa das partes.

7. As hipóteses de inquérito judicial previstas na lei de falências (art. 103 e ss) e no caso de infração criminal cometida por juiz (artigo 33, parágrafo único da Lei Orgânica da Magistratura) chocam-se definitivamente com o texto constitucional. Isto porque, ao se conferir investigação e julgamento a um mesmo órgão do Estado – o Judiciário-, afronta-se flagrantemente a garantia de imparcialidade, caindo-se em um intolerável processo inquisitivo. A fase que antecede a ação penal exige o completo afastamento do juiz da persecução criminal em um sistema que pretenda ser acusatório. Em tal etapa do procedimento, só encontra justificativa a presença do magistrado quando pratica atos jurisdicionais que tenham por fim assegurar direitos fundamentais não relacionados, diretamente, com o fato em apuração.

TESE 03

A AUTONOMIA FUNCIONAL DO PROMOTOR DE JUSTIÇA COMO *DOMINUS LITIS* E O ABUSO NO DIREITO DE ACUSAR

Iusara Müller Bevilaqua¹

Promotora de Justiça

Sumário: I. INTRODUÇÃO. II. O EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO DE ACUSAR. II.1. ABUSO NO DIREITO DE ACUSAR. II.2. ANÁLISE DE UM CASO CONCRETO. III. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO COMO RESULTADO DO ABUSO NO DIREITO DE ACUSAR. III.1. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO DIREITO DO RÉU À INDENIZAÇÃO CIVIL PELO ESTADO. III.2 A INDENIZAÇÃO CIVIL COM BASE EM DANO CAUSADO POR ATO ABUSIVO DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IV. CONCLUSÃO. VI. BIBLIOGRAFIA.

I - INTRODUÇÃO

No Brasil contemporâneo o Ministério Público alcançou destaque constitucional na Carta Magna de 1988; é Órgão Essencial à Justiça, instituição a quem, pelo artigo 127 da Constituição Federal², cabe a *defesa da ordem pública, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*. O promotor de justiça, na esfera penal é o *dominus litis*; o titular da ação penal, com liberdade e autonomia para acionar o Poder Judiciário no exercício regular do direito constitucional de acusar.

A instituição do Ministério Público não pertence ao Poder Judiciário, nem faz parte de um quarto poder do Estado. Para José Frederico Marques, citado por Rui Stocco, no livro *Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial*, o Ministério Público *enquadra-se entre os Órgãos da Administração Pública, embora em posição especial, resultante de suas magnas funções na tutela do interesse público*³. O pensamento do grande jurista em relação ao Ministério Público repete-se, dogmaticamente, entre os grandes doutrinadores brasileiros contemporâneos.

1. Promotora de Justiça aposentada do Estado do Rio Grande do Sul - Professora universitária e doutoranda em direito pela Universidade de Rosário, Argentina, curso em convênio com a Universidade da Campanha, Bagé, RS.

2. Todas as citações referentes à Constituição Federal serão extraídas da seguinte edição: Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2000. p.76.

3. STOCCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p.540)

O legislador constitucional de 1988 abre o capítulo das funções essenciais à Justiça com a seção destinada ao regramento básico do Ministério Público. O artigo 127 e parágrafos da Lei Maior, assegura sua autonomia funcional e administrativa, e incumbe-o, como já citado, da *defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*⁴.

Os Promotores de Justiça são, pois, agentes especiais do Poder Público, e, como tais, se acionarem o Poder Judiciário assinando peças acusatórias viciadas por defeitos de forma, em desacordo com as normas vigentes, desrespeitam a lei e a ordem jurídica, e, geram, por esses atos, nulidades absolutas que dão causa a uma relação judicial viciada na origem.

Por esses atos ministeriais, que configuram abuso no exercício do direito de acusar, o Estado poderá ser acionado civilmente. Nesse sentido inclinam-se a doutrina e a jurisprudência do País, com fulcro no artigo 37, § 6º da Constituição Federal vigente, *in verbis: as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável, no caso de dolo ou culpa*⁵.

Chamamos de abuso de direito o ato de acusar *ultra ou extra lege*, submetendo o réu ao constrangimento ilegal de um processo e um julgamento com base em peças acusatórias edificadas em desacordo com a lei. Silvio Rodrigues, no seu livro *Direito Civil*, ao escrever sobre a responsabilidade civil, em poucas linhas define o instituto do abuso do direito como sendo o resultado dos atos daquele que causa dano a outrem *não só quando age em desacordo com a lei, como também quando, atuando dentro dos quadrantes do seu direito subjetivo, desatende a finalidade social para o qual o mesmo foi concedido*⁶.

Consideramos peças fundamentais, de responsabilidade do Ministério Público, os atos vinculativos ao Poder Judiciário, na área penal, especialmente, a denúncia, que inaugura o processo crime na ação penal incondicionada, e o libelo, que instaura a segunda fase no processo para julgamento pelo Tribunal do Júri. O erro de denúncia, o erro no libelo, que citamos, especialmente, como exemplo de atos originários de competência exclusiva dos titulares da ação penal, quando dão causa a julgamentos injustos, ultrapassam os limites do exercício regular do direito constitucional de acusar, pois desatendem a finalidade de ordem social que sustenta tal direito.

Nessa linha de raciocínio, é que se afirma a corrente doutrinária e jurisprudencial que se inclina, objetivamente, pela admissão da responsabilidade civil do Estado em consequência de resultado danoso ao réu, com sede e por conta de erro inescusável, desrespeito à lei, em peças acusatórias vinculativas da decisão judicial. Ressaltamos, pois, que o fundamento indenizatório de que se fala nesta exposição não é o ato judiciário - a sentença - como resultado do corolário de erros ministeriais - mas sim o ato abusivo de dar causa à nulidade que vicia o procedimento *ab initio*, especialmente a denúncia e o libelo, com vício de origem.

4. Idem, *ibidem*.

5. Idem, p.36.

6. RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. V. 4. São Paulo, Saraiva, 1989, p.59.

II - O EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO DE ACUSAR

O Promotor de Justiça, no exercício regular do direito de acusar, frente ao Poder Judiciário, dá origem a atos de duas naturezas: atos vinculativos e atos opinativos. Conforme a natureza dos atos, os efeitos, são bem distintos: o primeiro, ato vinculativo, em regra na esfera penal, onde o agente do *parquet* age como *dominus litis*, se eivado de nulidade absoluta, pode induzir o Juiz em erro, dando causa a um julgamento injusto. O segundo, o ato opinativo, composto, em geral, de pareceres na área cível, onde o Ministério Público age *custus legis*, não vincula o Juiz.

O promotor de Justiça, no limite da lei, é autônomo e soberano no seu direito de acusar. Ao denunciar, ao pedir o arquivamento de um inquérito policial, tem o direito inarredável de optar por correntes jurídico-doutrinárias, mesmo minoritárias. Também ao libelar, respeitando os ditames legais, é livre para articular a acusação que sustentará em plenário.

Nessa matéria, aplica-se à instituição do Ministério Público, por analogia, a mesma idéia defendida pela doutrina, a nível internacional, para a instituição do Poder Judiciário: regra geral, com relação ao Poder Judiciário, há *irresponsabilidade do Estado por atos dos Juizes*, passíveis de reforma por via recursal, desde que não haja dolo, má-fé e que não seja imputado ao julgador nem o desrespeito à lei, nem o abuso de direito. Analogicamente, pelas opiniões do Promotor de Justiça, assim como pela corrente de raciocínio jurídico expressa em suas peças acusatórias, com respeito à lei, bem como pela linha ideológica que marca seu perfil profissional, desde que não atente contra o direito vigente e não afronte a Instituição que representa, o Estado não possui responsabilidade civil indenizável.

Em termos de Poder Judiciário apenas ultrapassam os limites da irresponsabilidade não indenizável, como refere Rui Stoco, o *erro substancial e inescusável, o dolo e a culpa que poderão empenhar responsabilidade do Estado, por erro judiciário*⁷. O mesmo raciocínio pode aplicar-se, perfeitamente ao Ministério Público: a responsabilidade civil do Estado, por atos dos agentes do *parquet*, é excepcional, e passível de ocorrer especialmente tratando-se de atos vinculativos. Entre esses, como já foi dito, estão a denúncia, que dá início à ação penal, e o libelo, que inaugura a segunda fase da ação penal, nos processos de competência do Tribunal do Júri.

II.1 - O abuso do direito de acusar.

Já escrevia o grande Roberto Lyra, na obra *Como julgar, como defender, como acusar*:

O juiz preside ao processo com o dever legal de diligenciar e fiscalizar, de tudo elucidar e suprir no uso de crescente arbitrio. Suas imperícias e frouxidades devem ser intransigentemente punidas. Todos quantos concorrerem para elas devem sofrer as sanções legais.

*O Estado responderá pela culpa 'in eligendo' (concurso e nomeações) e 'in vigilando' (ética e disciplina), com a ação regressiva correspondente*⁸.

7. Op. cit., p. 542.

8. LYRA, Roberto. *Como Julgar, Como Defender, Como Acusar*. Rio de Janeiro: Científica, s.d, p.10.

O Ministério Público, como titular da ação penal, enquadra-se perfeitamente na lição do grande mestre: tem o dever legal de ser prudente e diligente no trato com as liberdades individuais. Quando responsável pela provocação de um erro judicial, coloca o Estado, em nome de quem fala, na obrigação civil de responder pelo dano causado, tanto quando abusa do direito de acusar, denunciando cidadãos com base em fatos *inexistentes*, como quando articula o libelo com vício de origem, eivado de nulidade absoluta, por *desrespeito à lei processual*.

Infelizmente, com relação ao libelo, não raras vezes o Promotor de Justiça remete o réu a plenário para um julgamento pelo Tribunal do Júri, o qual, pode-se prever com antecipação, será anulado por defeito de quesitação: defeito com sede em erro na articulação do libelo. O agente ministerial ao assim expor o réu, por sua imperícia, imprudência ou negligência na elaboração da peça-chave acusatória, à possibilidade de um julgamento nulo, age abusivamente, pois se desvia da finalidade social que serve de base a seu direito de acusar; quando isso ocorre, com base nesse fundamento pode o réu acionar o Estado, pleiteando indenização por dano material e moral.

II.2 - Análise de um caso concreto

O artigo 484 do Código de Processo Penal, que rege a articulação dos quesitos nos processos de competência do Tribunal do Júri, estabelece, em seu inciso I que o primeiro quesito *versará sobre o fato principal, de conformidade com o libelo*⁹.

No caso concreto que transcreveremos a seguir, num processo de competência do Tribunal do Júri, o Ministério Público, ao articular o libelo, engloba, no *primeiro* quesito, a autoria, a materialidade (que já deveriam ser objeto de quesitação em separado) e, ainda, o substrato da tese acusatória, a saber, o fato de o réu dirigir, segundo a denúncia, em velocidade excessiva. A Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar o recurso de apelação interposto pelo Promotor de Justiça e seu Assistente de Acusação, assim decidiu:

Não conheceram do apelo interposto pela assistência de acusação e deram provimento a apelação do Ministério Público, para, com fundamento no artigo 593, inciso III, letra "a", combinado com os artigos 564, parágrafo único, e 484, incisos I e II, todos do Código de Processo Penal, anular o julgamento, prejudicado o recurso da acusação ancorado na letra "d" do permissivo recursal. Unânime.

(...)

No caso dos autos, o Juiz foi induzido em erro, ao obedecer rigorosamente, no primeiro quesito, à redação do primeiro artigo do libelo, onde expostas circunstâncias separáveis do fato principal, que deveriam, para evitar perplexidade, ter sido desdobradas.

*O primeiro quesito, relativo ao "fato principal", na linguagem da lei, deve ser formulado em obediência aos incisos I e II do artigo 484 do CPP, com exclusão da circunstância relativa à velocidade. A velocidade excessiva, no caso dos autos, caracteriza, conforme a acusação, o dolo eventual ou indireto, objeto de outro quesito.*¹⁰

9. JESUS, Damásio de. *Código de Processo Penal Anotado*. São Paulo: Saraiva, 1981, p.257.

10. Excerto do acórdão da 1ª Câmara do TJRSul, na apelação do Ministério Público, processo n. 700 0187 6952, DOE 050701.

O acórdão julga, em recurso interposto pelo Ministério Público, o flagrante desrespeito à lei, praticado nos autos e argüido em preliminar de recurso, como causa anulatória do julgamento pelo próprio órgão ministerial, que, ao arpejo do estatuto processual penal, engloba, no primeiro quesito do libelo, circunstância relativa à autoria, materialidade e à tese acusatória, o dolo eventual, pelo fato do réu, segundo a denúncia, dirigir em via pública, em excesso de velocidade. Vencido, no júri, o Ministério Público recorre, e o Tribunal anula o julgamento porque viciado por nulidade absoluta.

Essa conduta do membro do parquet ultrapassa os limites de liberdade e autonomia necessárias à administração da Justiça e ao direito de acusar. O detalhe, *sui generis*, a consciência do erro, usada como argumento para obter a anulação do julgamento, é evidente exemplo prático de grave abuso de direito.

III - A responsabilidade civil do estado como consequência do abuso no direito de acusar

Segundo Binding, objetivamente, a obrigação de indenizar nasce a partir do dano causado. Na área processual penal podemos afirmar que já existe dano a partir do momento em que um agente, agindo em nome do Estado, usa, num procedimento acusatório, uma peça chave para o resultado do processo, viciada por nulidade absoluta.

O dano é mais evidente, quando, como no exemplo do acórdão citado, a nulidade absoluta, a que deu causa o próprio agente ministerial, ainda transforma-se em um de seus fundamentos recursais para anular a sentença que lhe foi desfavorável. Como muito bem ensina Espínola Filho, citado por Damásio E. de Jesus, no seu Código de Processo Penal Anotado, em nota ao artigo 561 do diploma penal adjetivo:

Para poder invocar a nulidade a parte interessada nisso necessita satisfazer uma condição essencial. É imprescindível não tenha com o seu procedimento ativo, ou por omissão, dado motivo à nulidade, nem contribuído para que se registrasse o defeito, ou vício, que invalida o ato. (in "Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, Rio de Janeiro, Borsoi, 1959, v/414. n. 1.154."

A postura do grande doutrinador baseia-se em preceitos de ética jurídica. Repugna ao mundo jurídico, como à sociedade em geral, a conduta de quem tira partido de seus próprios erros. A autonomia e a liberdade funcional do Ministério Público não o colocam acima dessa regra. Embora a doutrina e a jurisprudência de nosso País sejam cautelosas em relação ao direito indenizatório das vítimas de erros dos representantes do Estado, em casos como o presente, não há como negar a possibilidade indenizatória com base no instituto do abuso de direito, no caso, abuso do direito de acusar.

11. Apud JESUS, Damásio E. de. Op. Cit. P.298.

III.1 - Fundamentos jurídicos do direito do réu à indenização civil pelo Estado.

Para Carbonnier, a responsabilidade objetiva necessariamente *não importa em nenhum julgamento de valor sobre os atos do responsável. Basta que o dano se relacione materialmente com estes atos porque aquele que exerce uma atividade deve-lhe assumir os riscos*.¹²

O Estado, chamando a si o direito de acusar, cria o risco, em função de sua própria atividade reguladora e regradora da vida em sociedade. O Ministério Público, especialmente na seara penal, onde age como *dominus litis*, ao oferecer denúncia, ou libelo, que são peças vinculativas à atividade do Juiz, labora no exercício regular de um direito, cujo limite é a lei, o motivo justo ou razoável, a finalidade social, interpretados caso a caso, na universalidade do exercício da atividade. É assente e reconhecido pela doutrina e jurisprudência a escusabilidade não indenizável do inovar jurídico, da defesa de novas idéias com base em pesquisa científica, também da defesa de teses minoritárias ou contrárias à orientação doutrinária ou jurisprudencial, passíveis de reforma pelos Tribunais.

A doutrina e a jurisprudência, citadas especialmente por Rui Stoco, enumeram algumas regras para que a vítima de *erro judiciário*, - tema onde impera a tese da *irresponsabilidade indenizatória* do Estado - possa aspirar a uma indenização civil por parte do Estado. Resumidamente, são elas:

1. O agir da parte vítima diligenciando e tentando evitar o ato e os efeitos do ato danoso.
2. A existência de culpa, abuso de direito, descompasso entre o ato impugnado e a lei, ou entre aquele e os fatos, na atividade jurisdicional do Estado, como manifestação de sua soberania.
3. A parte vítima não ter concorrido para a falha grave.
4. A rescisão do julgado.¹³

Presentes esses requisitos os Tribunais inclinam-se pela procedência da ação indenizatória, com base em erro judicial, citando nos acórdãos, especialmente a Constituição Federal e seu acolhimento da teoria do risco (criado) no parágrafo 6º do artigo 37, in verbis: *as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*¹⁴.

III.2 A indenização civil com base em dano causado por ato abusivo de competência exclusiva do Ministério Público.

O Promotor de Justiça é essencial à administração da Justiça, mas não desempenha função judicante. Os fundamentos para pleitear indenização civil por erro inescusável como causa eficiente para nulificar um procedimento judicial são semelhantes aos referidos no item anterior. A base legal é a mesma. Mas um dos fundamentos modifica-se: no item anterior,

12. Apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 19.

13. Stoco, Op. Cit, p.557.

14. Constituição Federal, p. 36.

quando fala-se em erro inescusável do juiz, exige-se a rescisão do julgado como causa eficiente para indenizar. Como o Ministério Público não pertence ao Poder Judiciário, não pode exigir-se a aplicação desse requisito quando o pedido indenizatório tiver como argumento fundamental a desobediência à lei, isto é, quando o motivo indenizatório for vinculado com a atividade ministerial, especialmente com o direito de acusar.

Ao Estado, com base na teoria objetiva - responsabilidade pelo risco criado, sem culpa, ou independente dela -, cabe arcar com a responsabilidade civil pelos atos abusivos do *parquet*, na qualidade de funcionário público especial, depositário legal da tutela dos interesses públicos. Num momento posterior poderá até discutir-se a possibilidade de ação regressiva contra o autor da peça nulificada, como prevê o artigo 37, § 6º da Carta Magna, o que não é objeto de estudo nesta exposição.

Para pleitear a indenização civil com base em erro inescusável, configurativo de abuso do direito, por ato de competência exclusiva do Ministério Público, não há que se falar na necessidade de rescisão do julgado, prevista para o erro judicial. A anulação do julgamento por defeito, em peça de competência funcional do promotor de justiça - e aqui falamos da nulidade absoluta com origem em vício de forma da peça acusatória -, gera, para o Estado, a obrigação de indenizar, com fundamento na teoria do risco criado, prevista no artigo 37, § 6º da Lei Maior. O Promotor de Justiça, como acredita Rui Stoco, *é um instrumento de intermediação do interesse público na administração da Justiça, e, os membros do Ministério Público atuam, dentro de sua especialização, como funcionários públicos, ainda que como agentes da Justiça.*¹⁵

IV - CONCLUSÃO.

1. Regra geral, não há que se falar em responsabilidade civil do Estado como resultado de atos do Promotor de Justiça quando o titular da ação penal adotar, livremente, uma corrente de raciocínio jurídico, com base na doutrina ou na jurisprudência.

2. O Promotor de Justiça tem autonomia para seguir a linha ideológica que é a marca de seu perfil profissional, desde que não atente contra o direito vigente e não afronte a Instituição que representa.

3. O Ministério Público, como titular da ação penal, tem o dever legal de ser prudente e diligente no trato com as liberdades individuais. Quando provoca um erro judicial, por desrespeito ao direito vigente, coloca o Estado, em nome de quem fala, na obrigação civil de indenizar.

4. Essa obrigação legal de indenizar, por parte do Estado, decorre do abuso do direito de acusar, especialmente quando o Promotor de Justiça denuncia cidadãos com base em fatos inexistentes, ou quando articula o libelo com vício de origem, dando causa à nulidade do julgado.

5. A responsabilidade civil do Estado, como resultado da presença do desvio de finalidade no ato de acusar, terá como patamar de exame o enfoque da dúplice natureza da função ministerial, de agente de justiça (onde a sua liberdade funcional, em tudo é assemelhada à admitida

15. Idem, p. 540.

para os juízes) e, de funcionário público (âmbito de aplicação da responsabilidade sem culpa, presente a idéia da *culpa anônima do serviço público*¹⁶, teorias objetivas do risco, risco criado, risco social, teoria indenizatória).

6. O ato ministerial, denúncia ou libelo, sob exame em um caso concreto, será considerado como abuso do direito de acusar - por si só capaz de gerar a responsabilidade civil do Estado - quando responder positivamente às seguintes indagações:

6.1. O ato anulado atingiu e prejudicou o cidadão que, como sujeito passivo da relação jurídica, não participou da nulidade, nem concorreu de nenhuma forma para o ato danoso?

6.2. Houve literal desrespeito à lei?

6.3. O ato ministerial induziu o juiz em erro?

6.4. O ato ministerial concorreu para um julgamento viciado ?

6.5. O ato ministerial foi a causa principal de anulação de julgamento?

V - Bibliografia

DIAS, José de Aguiar. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

JESUS, Damásio de. *Código de Processo Penal Anotado*. São Paulo, Saraiva, 1981.

LYRA, Roberto. *Como Julgar; Como Defender; Como Acusar*. Rio de Janeiro: Científica, s.d.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, vol.4. São Paulo, Saraiva, 1989.

STOCCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

16. DIAS, José de Aguiar. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1979 p.334.

TESE 04

DIREITO DE PETIÇÃO AOS PODERES PÚBLICOS COMO MEIO ALTERNATIVO DE ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO

Miguel L. Gnigler

Promotor de Justiça em SC

O acesso à justiça é uma das questões que mais preocupa a reforma do Poder Judiciário, daí a necessidade de se pensar em meios alternativos capazes de assegurar aos interessados a exposição de suas pretensões resistidas em juízo, com celeridade, segurança e sem formalidades. Emprestar plena eficácia ao direito de petição aos poderes públicos, reconhecendo na representação criminal, no registro de ocorrência ou ato equivalente o exercício dessa garantia constitucional, pode ser um bom começo.

Com efeito, comparecendo qualquer indivíduo perante a autoridade policial para registrar a sua condição de vítima de infração penal, tal gesto deve ser interpretado como exercício do direito de petição aos Poderes Públicos, em defesa de interesses próprios, ou de terceiros, eventualmente lesados ou ameaçados, daí a possibilidade de se relacionar tais manifestações de vontade com o remédio constitucional em referência. (Constituição Federal, art. 5º, XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder).

Mais amplo que o direito de representação de que falava a Constituição anterior, o direito de petição, com a amplitude que se lhe reconhece na nova Carta Política, constitui-se em verdadeiro remédio constitucional, na medida em que a garantia mencionada fala em “defesa de direitos”, quer dizer, próprios ou alheios, individuais ou coletivos, cuja pretensão pode ser dirigida a qualquer autoridade pública, a qual fica obrigada a dar o devido encaminhamento, em prazo razoável, sob pena de incorrer em crime funcional.

Visto sob este prisma, portanto, o direito constitucional de petição, da forma como foi concebido na Constituição de 1988, representa, na esfera criminal, notadamente nos crimes de menor potencial ofensivo, um valioso mecanismo de defesa das vítimas, exigindo, inclusive, o reaparelhamento da Polícia e do Judiciário, de modo que tais órgãos possam cumprir com o seu relevante papel na concreção dessa garantia constitucional.

Neste ponto, é importante sublinhar que a Lei do Juizado Especial Criminal (Lei n. 9.099/95), ao adotar a mitigação da obrigatoriedade da ação penal e o escopo da reparação do dano como critérios informadores, privilegiando a solução reparatória, tencionou garantir à vítima o acesso ao judiciário, informalmente e sem a intervenção de advogado, inserindo-se neste contexto a importância do chamado direito de petição aos poderes públicos.

Assim, ao prever a possibilidade da autocomposição civil, regida pelo princípio da informalidade, pretendeu o legislador ampliar as vias de acesso ao judiciário, considerada a garantia das garantias. No dizer de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho... “No que concerne à vítima, é a primeira vez, no nosso ordenamento, que a legislação abre tão amplo espaço à sua proteção, inserindo-se no generoso e atualíssimo filão que advoga a revisão dos esquemas processuais de modo a dar resposta concreta a maior preocupação com o ofendido. (Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho (In Juizados Especiais Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 187).

Sobre o tema, Célio Silva COSTA acentua que num regime democrático o direito de petição ou representação se constitui num exercício de liberdade que, não tivesse explícito, estaria implícito nos direitos e garantias da Carta, o que importa dizer que qualquer cidadão, por mais humilde que seja, pode peticionar a qualquer autoridade pública, do Executivo, Legislativo ou Judiciário. (COSTA, Célio Silva, A Interpretação Constitucional e os Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição de 1988, RJ, Ed. Liber Juris, 1992, p. 249).

Neste particular, é importante assinalar que a obrigação do Estado no sentido de assegurar à vítima do crime a integral reparação dos danos sofridos com o mal injusto decorre de sua função clássica de garantir a defesa e a segurança do indivíduo. Com Antônio Scarance Fernandes e Osvaldo Henrique Duek Marques é possível dizer que a partir do fim da vingança privada os cidadãos têm direito à preservação da vida, da honra e de seus bens, competindo ao Estado a obrigação de compensar e indenizar aqueles que sofrem em decorrência da falha estatal na prestação desses serviços de segurança e defesa. (O Estado na Reparação do Dano à Vítima de Crime, Revista dos Tribunais, n. 678: p. 11).

Logo, se o Estado não tem condições de ressarcir ele próprio a vítima do crime, compete-lhe, pelo menos, assegurar ao ofendido, notadamente ao hipossuficiente, o direito de postular, pessoalmente ou através do *parquet*, a reparação do dano em face do autor do crime, constituindo-se a audiência preliminar o foro adequado para esse mister.

Como se vê, é possível traçar um paralelo entre a garantia de petição aos poderes públicos e o direito de ação, cumprindo aquela, na esfera administrativa e perante o Juizado Informal, o papel que este representa ao indivíduo que postula em Juízo, razão pela qual o remédio constitucional sob enfoque deve ser interpretado de acordo com a teoria material dos direitos fundamentais, segundo a qual os valores idealizados na Carta Magna servem de diretriz a toda a atuação estatal. Vale dizer, aos agentes públicos cumpre induzir o manej do direito de petição por todos quantos se sentirem lesados ou ameaçados em seus direitos.

Esta noção de que os direitos fundamentais são portadores de valores substanciais, servindo como parâmetro e limite na definição do conteúdo dos atos normativos e bem assim para balizar a atuação da Administração Pública, é uma leitura hoje bastante difundida, a ponto de Edgard Silveira BUENO FILHO acentuar que “Todos esses órgãos, embora independentes e autônomos, devem obediência à Lei Maior, inclusive e principalmente no que respeita aos direitos fundamentais.” (*O Direito à Defesa na Constituição*, SP: Saraiva, 1994, p.13).

De anotar-se que a nova hermenêutica das garantias fundamentais já se faz presente em algumas esferas de atuação do Poder Público, citando-se como exemplo as disposições contidas na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/93), que arrola como atribuição geral dos membros da instituição “receber notícias de irregularidades, petições ou reclamações de qualquer natureza, dando-lhes as soluções adequadas, no prazo de trinta dias. É o direito de petição levado às últimas conseqüências.”

Em Santa Catarina, o Conselho de Administração do Tribunal de Justiça está atuando na esteira dessa concepção, idealizando o Judiciário do novo milênio, mais moderno, informal, célere e universalizado, pois acaba de criar um projeto que tem como mote a conciliação e a mediação dos conflitos, mediante a implantação dos Juizados da Cidadania em todos os Municípios do Estado.

Assim, a leitura que se pode fazer é de que a plena efetividade do direito de petição aos poderes públicos poderá abrir caminhos alternativos de acesso à Justiça, capazes de prevenir e solucionar conflitos decorrentes de infrações penais de menor potencial ofensivo, sem o formalismo e a morosidade presentes nas vias tradicionais de realização do direito material controvertido.

Conclusão: A representação criminal, o registro de ocorrência ou ato equivalente apresentado pela suposta vítima de infração penal devem ser interpretados como exercício da garantia constitucional do direito de petição, cabendo ao Estado promover os encaminhamentos necessários para que tais manifestações possam instrumentalizar o acesso dos interessados ao Poder Público, inclusive ao Judiciário, ainda que informalmente.

TESE 05

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA E DA CRIMINALIDADE — FORMAS DE PREVENÇÃO

Áurea Lins Leal¹

Promotora de Justiça Adjunta

Sumário

I - Introdução; II - A Renda Familiar, a Educação, a Profissionalização e a Delinquência Infanto-Juvenil; III - Contrato Social e a Prevenção da Criminalidade; IV - Conclusão

I - Introdução

A Constituição hodierna prevê, no bojo do seu artigo 227, que é dever, primeiramente, da família e, secundariamente, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, absolutamente, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e social, resguardando-os de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Inserto no Título VIII, da Ordem Social, encontra-se o capítulo que trata da família e da criança, sendo que é matéria constitucional, regulamentada pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, fazendo-se mister ressaltar que os pais tem o dever de assistir aos filhos, dando-lhe todos os requisitos aludidos, com o fito de que sejam socializados de forma positiva.

Entretanto a realidade social que enfrentamos não corresponde ao que é determinado constitucionalmente, ou seja, a garantia prevista na Magna Carta não está sendo concretizada, sendo flagrante a injustiça social e a má distribuição de renda inseridos no nosso contexto social, gerando-se, assim, a impossibilidade de uma grande parcela de as famílias brasileiras assegurarem os direitos constitucionais expostos.

Dessarte, não sendo efetivados os direitos fundamentais às nossas crianças e adolescentes, causam-se distúrbios sociais, como a pobreza, falta de educação, violência e outros males que atingem, atualmente, a nossa sociedade; portanto, sendo cumpridas as metas constitucionais em tela, estaremos extirpando a raiz do mal social, prevenindo-se, dessa forma,

1. Do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, com atribuições na 1ª Promotoria de Justiça Infracional da Infância e da Juventude

a criminalidade inserida nos grandes centros populacionais.

II - A Renda Familiar, a Educação, a Profissionalização e a Delinquência Infanto-Juvenil

A má distribuição de renda, os poucos recursos, a falta de educação e o despreparo profissional são causas primordiais da prática de atos infracionais praticados pelos adolescentes, consoante estudos técnicos da Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal:

Fonte: Setor de Execução de Medidas Socioeducativas – SEMSE/Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal – VII/DF

Total Geral das Medidas /2000			
Variáveis	Itens	Frequência	% total geral
Nº de adolescentes pesquisados		960	99,4%
	PSC-C	218	22,7%
	PSC-D	191	19,9%
	LA	521	54,3%
	PSC-C/LA	20	2,1%
	PSC-C/D	2	0,2%
Sexo	PSC-D/LA	2	0,2%
	masculino	868	90,4%
	feminino	80	8,3%
Faixa etária na data da infração	11 a 13	59	6,1%
	14 anos	100	10,4%
	15 anos	198	20,6%
	16 anos	265	27,6%
	17 anos	302	31,5%
Escolaridade	não alfabetizado	2	0,2%
	1ª a 4ª série	122	12,7%
	5ª a 6ª série	640	66,7%
	2º grau	178	18,5%
	3º grau	6	0,6%
Atividades	Estudante	479	49,9%
	Trabalhador	104	10,8%
	Estudante e trabalhador	146	15,2%
	Não estuda nem trabalha	212	22,1%
	Roubo	201	20,9%
Infrações com maior incidência no geral	Porte de armas	146	15,2%
	Falta de habilitação	71	7,4%
	Furto	99	10,3%
	Lesão corporal	80	8,3%
	Porte de drogas	103	10,7%
	Tentativa de furto	39	4,1%
Valor da PSC - Doação	R\$1,00 a R\$9,00	56	5,8%
	R\$10,00 a R\$19,00	26	2,7%
	R\$20 a R\$49,00	70	7,3%
	R\$50 a R\$99	26	2,7%
	acima de R\$100,00	7	0,7%
Reincidência por Medida	206 ou 21,7%	LA	68,5%
		PSC-C	13,0%
		PSC-D	6,5%
Responsável	Pais	394	41,0%
	Mãe	398	41,5%
	Pai	46	4,8%
	Parentes	107	11,1%
	De 1 a 4	477	49,7%
Renda familiar (em salário mínimo)	De 5 a 10	279	29,1%
	De 11 a 20	90	9,4%
	Acima de 20	90	9,4%
	Sem renda	5	0,5%

Chegamos à ilação de que, estatisticamente, a maior parte dos infratores provém de famílias com renda familiar abaixo de 5 (cinco) salários mínimos, cujos os membros têm de baixa escolaridade, ou seja, só têm o ensino fundamental e não têm uma profissão definida.

III - Contrato Social e a Prevenção da Criminalidade

Enquanto não houver um contrato social, a exemplo dos países desenvolvidos, como a Alemanha, em que impera a social-democracia, ou seja, a distribuição uniforme de renda e o acesso garantido de todos os cidadãos, indistintamente, aos requisitos fundamentais para a sua boa formação social, o enfrentamento da violência e da criminalidade pelo Ministério Público tornar-se-á, cada vez mais difícil.

Um Estado que não oferece a todos os seus cidadãos o acesso aos meios para uma boa qualidade de vida, que os submetem a baixos salários, má educação, desemprego, só pode acarretar o caos social, inviabilizando-se um bom trabalho pelos órgãos estatais para o combate à criminalidade.

IV - Conclusão

Com essas breves considerações, a conclusão a respeito do tema em comento é que, para a prevenção da criminalidade e um trabalho mais seletivo pelo Ministério Público, urge uma reforma social em nosso país.

Uma melhor distribuição de renda para as famílias poderem garantir uma boa qualidade de vida para seus filhos, acesso a todos à saúde, educação, profissionalização, cultura, lazer, moradia, vestuário, higiene, transporte, sendo mister um macroplanejamento e organização político-administrativa, tudo em conformidade com a lisura dos administradores e sacrifício das famílias mais abastadas, com o escopo de que possamos efetuar um contrato social, com a finalidade de inserir a paz na sociedade brasileira.

Posto isso, cabe ao Ministério Público de todos os Estados da Federação, a efetiva fiscalização dos recursos financeiros destinados à área social, especialmente à educação, e sua ampla atuação, em conjunto com os órgãos governamentais e organizações não governamentais, em programas sociais, visando à participação das famílias, com a finalidade de que seus integrantes desenvolvam suas habilidades e construam uma visão positiva de si próprios e do mundo, prevenindo-se, assim, a criminalidade e a violência dos grandes centros urbanos.

TESE 06

POR UM ENFRENTAMENTO NÃO VIOLENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA -O NOVO PAPEL DO OPERADOR JURÍDICO NA TRANSFORMAÇÃO POSITIVA DOS CONFLITOS

Leda Hermann

Promotora de Justiça

São Bento do Sul – SC

I - Introdução

Abordar o tema da violência doméstica é sempre uma experiência nova, porque as possibilidades humanas do conflito (do qual emerge a violência), tanto na sua dimensão desconstrutora das relações como na sua dimensão amorosa – **todo conflito doméstico que se prolonga no tempo é sem dúvida uma relação de amor e ódio** – são infinitamente diversificadas, como inevitavelmente diferentes são os seres humanos entre si.

No foco aqui pretendido, o que se apresenta ao leitor é uma abordagem da questão da violência que pretende preservar a plenitude da cidadania dos atores do conflito, buscando assim ofertar uma possibilidade concreta de repactuação da convivência intra-familiar, desiderato no mais das vezes perseguido principalmente pela vítima (hoje, ainda, eminentemente mulher – o Patriarcado ainda impõe o controle social masculino nas relações conjugais e/ou de família). A partir desse vértice é que passamos a trabalhar, na seqüência, com o conceito de violência como ponto de partida para o desenvolvimento do pensamento aqui apresentado.

II - Conceito de violência

Como entender a violência?

É necessário, antes que se comece a falar de violência doméstica, que se busque um conceito de violência, que não pretende ser único, mas que objetiva situar o enfoque perseguido no presente trabalho. Na trilha desta formulação (do conceito de *violência*) é importante ressaltar que **falar de violência é falar de conflito**. O conflito é estrutural – mais que isso, o conflito é **estruturante nas relações humanas, porque nasce das diferenças**, da interação das diferenças, e por isso pode, transformado, tornar-se uma poderosa força motriz de transformação positiva. Basta que se aplique, aqui, a máxima sustentada com propriedade por **Amilton Bueno de Carvalho** em sua fala proferida no Congresso Internacional de Ética e Cidadania realizado na

cidade de Curitiba em novembro de 2000: *respeito às diferenças*.

Se o conflito é estrutural (ou estruturante), a **violência, como exacerbação do conflito, é desestruturante**, destrutiva, corrosiva e, normalmente, a curto, médio ou longo prazo, é letal. Em especial a violência doméstica.

A violência de que falamos aqui, no enfoque pretendido, é compreendida num sentido lato, abrangente e amplo, vista assim, segundo Felipe, como manifestação de violência qualquer atitude que implique, direta ou indiretamente, na **destruição da identidade do outro**. A violência em si, conceitua a autora, consiste em

*“uma série de atos praticados de modo progressivo com o intuito de forçar o outro a abandonar o seu espaço constituído e a preservação da sua identidade como sujeito das relações econômicas, políticas, éticas, religiosas e eróticas ... No ato de violência há um sujeito ... que atua para abolir, definitivamente, os suportes dessa identidade, para eliminar no outro os movimentos do desejo, da autonomia e da liberdade”*¹

Dessa maneira, quando se fala, aqui, de violência doméstica, não se pretende apenas referir suas formas de expressão mais contundentes e de resultados lesivos de natureza física grave. **O universo da violência doméstica encampa todo e qualquer ato de dominação que reduza o outro, enquanto sujeito, à impossibilidade de expressar sua vontade e preservar sua própria identidade** enquanto criatura inserida num universo desejante de amplitude verdadeiramente humana.

Encarada assim a violência, ou seja, como **aparato a serviço da dominação**, há que ajustá-la à realidade vigente. Embora em crise, o **Patriarcado**, com três mil anos de história, ainda domina especialmente a cultura ocidental. Como paradigma de relações de gênero, estimula a vitimação da mulher nos espaços onde possa emergir a violência, sob qualquer das suas formas ou níveis de manifestações: moral, psicológica, institucional, oficial ou privada². Significa dizer que, em sede de violência doméstica, dentro do sistema patriarcal vigente, o **papel ativo ainda é eminentemente exercido pelo homem e o passivo pela mulher**. Em outras palavras, falar de violência doméstica hoje ainda é falar, basicamente, de uma das expressões da violência contra a mulher (talvez a maior delas – dados divulgados pela Revista VEJA em 1998 revelam que a mulher tem nove vezes mais chance de apanhar do pai, marido ou companheiro do que de um estranho, na rua).

O Patriarcado não é contudo, um reinado doméstico, mas antes disso uma realidade difusa, presente em todas as formas e sistemas de controle social, inclusive no sistema penal. Diante disso, pensar na criminalização específica da violência doméstica como instrumento de

1. FELIPE, Sônia. Violência, agressão e força. In FELIPE, Sônia & PHILIPPI, Jeanine Nicolazi. *O Corpo Violentado: estupro e atentado violento ao pudor*. Florianópolis: Gráfica/UFSC

2. Miguel M. Alves LIMA, em artigo intitulado *Reflexões sobre o Tema Violência e Justiça Criminal*, observa que “... para o ‘senso comum’, a violência aparece ordinariamente vinculada à causação exterior de dano, através da agressão física. Mas a violência, além de física, pode ser moral, tanto na sua fonte quanto nos seus efeitos...” O autor estabelece ainda três “níveis de manifestação da violência nos processos sociais: a) violência institucionalizada; b) violência privada; c) violência oficial”, sendo a primeira aquela representada pelas condições sociais, econômicas, políticas e jurídicas de exclusão e de estigmatização de suas vítimas pelo processo social como um todo. Já a violência privada o autor situa como aquela que se dá no interior das relações inter-individuais. Quanto à violência oficial, explica, “é aquela que decorre da ação ou da omissão do Estado na realização de sua função social.” In Introdução Crítica ao Estudo do Sistema Penal. Org. SANTOS, Rogério Dultra dos. Florianópolis, Editora Diploma Legal, 1999. pp. 57/58.

proteção à mulher violada, o que ainda se configura numa demanda de alguns segmentos do Movimento Feminista e de outras forças sociais, pode revelar-se ineficaz justamente por vir a ser um instrumento *violento* de combate a este tipo de violência. Trata-se, assim, de enfrentar *com violência* a violência doméstica: é disso que se trata quando o remédio amargo passa pela criminalização do agente agressor.

III - Violência doméstica e criminalização do agressor

Qual a eficácia resolutiva da Justiça Penal?

Reprimir a violência doméstica por meio da criminalização do agente agressor, e utilizando o sistema penal como instrumento de enfrentamento do conflito pode implicar em reproduzir, inclusive quanto à pessoa violada, por outra forma, a violência desencadeada. O mais grave, neste quadro, é a dupla vitimização da mulher agredida, que no processo penal se vê esquecida enquanto criatura que sofre as dores do conflito e tem, ainda, que ver expostas, num procedimento público, de rituais estranhos e muitas vezes assustadores, suas feridas mais íntimas. Em outras palavras, criminalizar o agressor pode significar fazer sofrer uma vez mais a violada, impingindo-lhe a violência institucional que existe *por dentro* do sistema penal, no qual a vítima, habitualmente, é tratada como meio de prova, tendo seus interesses relegados a um plano secundário e sua fala silenciada ou reduzida às conveniências procedimentais inerentes ao sistema penal.

A proposta não criminalizadora a ser exposta passa, em primeiro lugar, pelo papel de agente de transformação que hoje incumbe seja assumido pelo operador do Direito, em especial pelo Promotor de Justiça, cujo arsenal constitucional de atribuições permite o exercício ativo de estratégias de enfrentamento do conflito no seio do qual a violência doméstica acontece.

Enfrentando a questão do *conflito e da dor*, ou seja, da dimensão humana e relacional da violência doméstica, *de dentro para fora do sistema da Justiça Formal*, com a cooperação ativa da sociedade civil e de suas forças solidárias, será possível construir uma espacialidade nova que possa receber e atender os atores do conflito – violador e violado, agressor e agredida, vítima e agente – permitindo-lhes buscar, juntos, mas com a ajuda de agentes intermediadores preparados e solidários, a repectuação do contrato doméstico de forma a conter a violência.

Esta intervenção solidária de que falamos precisa ser exercida de forma *humanizada*, ou seja, precisa estar fulcrada no sentimento de responsabilidade social do interventor e na força do vínculo, hoje abandonada em nome de uma suposta neutralidade que o operador jurídico persegue como base de uma atuação justa. *Criar laços* com os atores do conflito violento, utilizar como ferramental a emoção, a inteligência intuitiva, o toque e a solidariedade – esta é a base da proposta aqui apresentada.

Para tanto é preciso que seja enfrentado um processo de mudança: mudança de paradigmas, antes de tudo. Esvaziar-se de verdades prontas e pré-concebidas e abrir espaço interior para a transformação dos valores vigentes no universo jurídico é, hoje, o grande desafio que enfrenta o operador do Direito. Encarar este desafio, rever o próprio caminhar a cada momento, buscar vias alternativas que permitam a descentralização do enfrentamento do conflito são as primeiras atitudes (pessoais e institucionais) que podem deflagrar um efetivo processo de mudança.

A busca criativa de efetivação da Justiça – aqui entendida, como pretende Warat – como a realização da autonomia e a melhoria de qualidade de vida dos atores do conflito, não se realiza apenas por uma ou duas vias, mas por uma pluralidade imensurável de caminhos – tantos quantos forem os corações e as cabeças pensantes envolvidas e comprometidas com este caminhar.

Mas é necessário que o agente público, em especial o operador do Direito – mais especialmente ainda o Promotor de Justiça – reconheça sua **responsabilidade** institucional e **pessoal** e proponha-se a um autêntico envolvimento com o ideal da transformação. A partir dessa consciência, e emergindo do sistema da Justiça Formal, realimentado e reformulado por uma **nova cultura jurídica**, surgirão novas instâncias, criadas e instaladas no espaço repolitizado da sociedade civil. Estas instâncias podem representar o resgate do **homem atomizado**, segmentado e compartimentalizado, mapeado pela Modernidade para ser visto e regulado com o olhar reducionista e cartesiano do ciclo civilizatório que se encerra.

Este homem, inevitavelmente sexista e agressor, é tão vítima quanto a mulher que ele mesmo discrimina e agride. É vítima de um paradigma que impede o encontro, castra a utopia e impõe papéis. Um modelo societário tão cruel para com quem agride como para com quem é agredido. A derrocada deste modelo, a construção de uma sociedade de relações renovadas, mais arejadas e mais edificantes, passa por reflexões importantes sobre o esgotamento de conceitos e parâmetros tais como a racionalidade, a família, o poder, o direito, a justiça, os valores pessoais e institucionais.

Passa, inclusive, pelo esgotamento do monismo em termos de espaço político de enfrentamento e transformação dos conflitos humanos, especialmente daqueles que têm cenário dentro de casa. Descentralizar o Poder é, todavia, uma prática que exige a reconstrução do agente político que o monopoliza: trata-se da *humanização* do Operador Jurídico. Compreender este aporte seja compreendido o sentido dado aqui ao verbo *humanizar* e ao substantivo *humanização*.

IV - De que se trata quando se fala em *humanizar*?

Reconstruir o Direito passa por fazer de seus agentes *peçoas* reedificadas.

Passa, portanto, acima de tudo, pelo **resgate da pessoa** – o grande desafio de *reaprender a ser gente*. Por isso se fala em *humanizar*. A categoria soa estranha. Embora venha sendo trabalhado na área da Saúde há três décadas, o tema da *humanização* só mais recentemente tem aportado na seara da Justiça. Por isso a necessidade de um aporte conceitual.

Implementar iniciativas de humanização significa admitir a premência do reencontro interior (inclusive – e *principalmente* – do Operador do Direito consigo mesmo), capaz de possibilitar o encontro com o outro. Trata-se, aqui, de criar uma espacialidade subjetiva que permita ao Operador Jurídico refletir sobre sua condição humana e sobre seu papel na vida das pessoas com quem trata, aí inseridos relacionamentos afetivos, profissionais e com a clientela do sistema. Trata-se do resgate da preocupação com a *eficácia resolutiva* dos procedimentos judiciais formais.

Para a reflexão sobre o tema da humanização da justiça há que se partir da constatação de que, em todas as áreas do Saber e da Ciência vem sendo resgatado o papel da inteligência intuitiva,

da sensibilidade e da emoção. Apenas a seara jurídica – que paradoxalmente trata de dramas humanos cogentes e viscerais – pretende permanecer assepticamente distante das dores que permeiam os procedimentos judiciais, ocupando-se objetivamente dos meandros formais, num descompromisso – hoje absolutamente esgotado – com a prevenção eficaz da violência que permeia o sistema macro-social em tempos de Transmodernidade.

Para formular um conceito, basta dizer que humanizar é, essencialmente, empreender o resgate das sensibilidades humanas paulatinamente abandonadas ao longo dos últimos três séculos, em especial neste que está se encerrando. **Humanizar** significa, então, antes de mais nada, facilitar um **processo íntimo de transformação pessoal**, promovido pela própria pessoa a partir de um *espaço* telúrico, temporal, lúdico e solidário de sensibilização (que precisa lhe ser ofertado).

Humanizar não é uma prática fragmentária e procedimental que se aplica *ao* outro. Antes, é uma travessia interior, que cada qual realiza sozinho, mas contando com ajuda externa capacitada e apoio solidário e atento. **Significa que humanizar é mudar a própria vida**, de dentro para fora. Por isso **não se pode humanizar o outro** mas no máximo estar *com* o outro ao longo de sua travessia. Para que se compreenda um pouco melhor o significado desta *travessia* e as razões pelas quais ela tem se mostrado intensamente necessária e sido largamente buscada, são essenciais algumas reflexões.

O **paradigma reducionista e cientificista**, que recomenda o tratamento fragmentário dos problemas humanos, impôs o modelo da **atuação profissional neutra e isenta**. Em todos os ramos da atividade humana produtiva, mesmo naqueles onde se lida mais intensamente com gente e com dramas humanos (como as instituições de saúde física e mental, as escolas e **as instâncias judiciais**, entre outras) passou a imperar a idéia de que era necessária uma postura neutra e impessoal, a fim de se evitar “*transferências*”, supostamente capazes de afetar a racionalidade técnica do profissional habilitado, fazendo-o cometer erros, em especial erros de avaliação e julgamento.

A partir deste modelo, racionalidade e objetividade passaram a ser ingredientes indispensáveis para a competência técnico-operativa do profissional. Para tanto entendeu-se necessário fossem abandonadas as *fraquezas* humanas ligadas ao sentimento. Pregava-se – e prega-se ainda, apesar do flagrante esgotamento deste modelo – que esta postura é indispensável até mesmo para que o profissional conserve sua racionalidade e evite sofrimento pessoal (possível se existir um grau maior de envolvimento com a situação e com as pessoas com as quais ele vai lidar).

Pautados neste paradigma – da racionalidade e impessoalidade como sinônimos de profissionalismo e eficiência – os profissionais das diversas áreas de atuação e conhecimento passaram a desenvolver **resistências** cada vez maiores a um **envolvimento humano** com a sua clientela (pessoas para as quais trabalham: pacientes – na saúde; alunos – na educação; partes no processo – para os operadores do Direito e assim por diante).

Separar o pessoal do profissional passou a ser palavra de ordem em qualquer ambiente de trabalho. As pessoas, acreditando nisso, e pautando-se no **paradigma competitivo e aquisitivo que rege o vértice de valores na sociedade ocidental** (onde *Ter* é mais importante do que *Ser*), foram progressivamente despindo-se de seus sentimentos humanos mais autênticos e naturais: calor humano, ternura, solidariedade, carinho, compaixão, compreensão.

Passaram a cultivar a imagem do profissional sério, dedicado, estudioso, bem titulado, bem remunerado, sisudo, circunspeto e “isento” (sic) como o arquétipo do bem sucedido. Desvencilharam-se da preocupação com o amor e com a compaixão, passando a medir a eficácia resolutive de seus procedimentos cartograficamente, sem considerar até onde as soluções procedimentais impostas atenderam aos verdadeiros anseios e preocupações das pessoas que acorreram ao sistema em busca de respostas ou de socorro.

O **amor romântico e a união familiar** tornaram-se o último reduto afetivo *permitido*. Importa dizer: o amor foi isolado e segregado no ambiente doméstico, único no qual a emoção, o olhar nos olhos, o toque, o abraço, a lágrima e o riso, a alegria e a tristeza, a solidariedade e o carinho, a compaixão e o desvelo são práticas permitidas e até aplaudidas. Para todos os outros ambientes, *especialmente os de trabalho*, tais práticas passaram a ser consideradas *impróprias e piegas*, sendo inclusive generalizadamente ridicularizadas quando acontecem.

Sem desvalorizar o amor familiar, constata-se hoje que o isolamento dos núcleos familiares têm sido nocivo ao estabelecimento de relações comunitárias solidárias, e portanto prejudicial ao bem comum. É que as pessoas passaram a conceber o amor como um privilégio a ser concedido apenas aos seus. Como se a intensidade dos afetos e a capacidade de amar fossem limitadas e devessem ser “economizadas”.

A partir deste modelo complexo e intrincado de relações – estamentadas em planos distintos e diametralmente opostos (pessoal e profissional) – o Homem passou a edificar defesas, verdadeiros muros em relação às suas emoções e afetos. Como lembra Warat, são defesas frágeis e inúteis, porque não nos podemos esconder de nossas **intensidades afetivas**. Executam, todavia, um trabalho destrutivo, na medida em que impingem às pessoas a tarefa impossível de despir o que possuem de mais forte e íntimo, de reprimir os gestos e expressões que desde a infância trazem mais prazer e alegria: o toque, o abraço, o sorriso, o carinho.

Sendo tais sentimentos e gestos os mais profundamente inerentes ao ser humano, o processo que se descreveu pode ser, sem exageros, definido como um **longo caminho de des-humanização**, já que teve como resultado restringir nas pessoas a sua capacidade de troca afetiva: sua desenvoltura para dar e receber amor. Ora, a história mais recente tem mostrado, nas mais diversas áreas de saber e de atuação profissional, que este modelo está esgotado. A **eficácia resolutive** das práticas profissionais pautadas na impessoalidade racional tem, cada vez mais, deixado a desejar.

A Saúde, por exemplo, já há trinta anos vem revisando seu caminhar, revendo condutas. O profissional de saúde que trata a patologia e não o paciente ainda existe. Mas um número sempre crescente de médicos, enfermeiros, fisioterapeutas, agentes de saúde, sanitaristas e outros profissionais vêm reavaliando suas condutas e posturas, a partir da constatação de que o tratamento mais humanizado, mais pessoal, mais caloroso e carinhoso surte melhor efeito, acelera a cura e melhora a **qualidade de vida** do paciente. Não raro os resultados são colhidos em menor tempo naqueles casos em que a atenção integral e o atendimento humanizado substituíram o padrão e a utilização rígida e impessoal de protocolos. A própria Organização Mundial da Saúde (OMS) já em 1975 reconheceu que a saúde do indivíduo depende de um integrado bem estar físico, mental, social e espiritual.

O objetivo maior da humanização é **otimizar a eficácia resolutive** dos procedimentos técnicos pela personalização sensível do atendimento prestado. Em outras palavras: pelo resgate do comportamento humano solidário tornar mais eficazes os atendimentos prestados e os serviços

oferecidos à comunidade (ou seja, às pessoas). Onde vêm sendo incrementada adequadamente, a humanização nos ambientes e meios de trabalho têm promovido a **criação de vínculos** – vínculos entre colegas de trabalho, entre funcionários de diferentes setores de uma mesma empresa ou órgão público, entre órgãos e repartições públicas de diferentes áreas e (principalmente) entre os profissionais que prestam atendimento e as pessoas da comunidade que são atendidas.

A partir de tais vínculos acabam **facilitadas as parcerias**, firmadas com base no espírito de *time* e na *confiança* estabelecidos. A concretização de parcerias confiáveis e solidárias (empresas, ONGs, clubes de serviço, escolas públicas e particulares, pessoas físicas voluntárias, etc.) resulta, por sua vez, na otimização dos recursos humanos e materiais e na troca profícua de serviços e informações, gerando prestações mais eficazes e, portanto, mais satisfatórias, resgatando, em especial na seara do serviço público, uma credibilidade de há muito perdida no Brasil.

Assim, pautando-se em uma maior fluência relacional, a humanização é antes de tudo uma **atitude** interior, uma transformação pessoal que nunca termina, e que acontece no íntimo das pessoas envolvidas no processo. As *estratégias* serão sempre criativas, adaptadas às circunstâncias do meio e aos objetivos propostos. A espinha dorsal reside na linha reta da chamada *viagem de trinta centímetros*: a que traça uma via de abertura que liga o cérebro ao coração.

V - Conclusão

Na seara da Justiça Formal o objetivo maior que norteia todo o sistema – ao menos declaradamente – é a busca da **Paz Social**. Alcançar essa paz social têm sido um fim arduamente perseguido, há séculos, através de estratégias calcadas no paradigma adversarial, no modelo do litígio.

A proposta, de **mais de 500 anos**, é a da **apropriação do conflito pelo Estado**, que promete dar a cada situação conflituosa que encampa – inclusive às de violência doméstica – resposta satisfatória, através da atuação de um juiz singular ou de um colegiado, que oferecerá aos atores do conflito uma **resposta justa, "neutra" e imparcial**, baseada na lei. Aí reside a promessa de segurança jurídica do sistema judicial: os conflitos terão adequado enfrentamento e receberão resposta satisfatória, porque o sistema atuará através de um operador que conhece a lei (é técnico), que não se deixa envolver emocionalmente (é neutro), que não vai pender nem para um nem para outro lado (é imparcial), e que terá como instrumental (absolutamente seguro) **a lei e a dogmática jurídica**. Assim, sua atuação representará a **verdade**, que existe para ser acatada, uma vez esgotadas as instâncias recursais.

Na realidade, as soluções advindas de sentenças judiciais constituem a verdade do intérprete (de que se utiliza o julgador), a verdade do aplicador (principalmente), mas não necessariamente a verdade dos envolvidos – os maiores interessados. São verdades impostas, pois proferidas por um terceiro (**o juiz**) *estranho por excelência* (alguém distante do mundo cotidiano onde se desenrolam os dramas humanos que se encartam nos autos, revestido de uma aura de autoridade que o torna inatingível. O mesmo acontece, muitas vezes, com o Promotor de Justiça).

Os Operadores Judiciais são, hoje ainda, figuras arquetípicas, distantes e envoltas num

manto de impessoalidade que as torna estranhas à realidade da situação conflituosa que as partes vivenciam uma com a outra, situação esta quase sempre permeada por um jogo intenso de **afetividades, emoções e paixões**. As circunstâncias afetivas pertinentes à situação fática vivida pelos atores do conflito muitas vezes foge à compreensão do Operador, que não foi formado ou preparado para considerar este aspecto. Sua formação – eminentemente técnico-jurídica – o preparou para atentar para as questões processuais e de direito material; para pesquisar boa doutrina e consultar a jurisprudência dominante; para decidir com base na lei, nos precedentes, na equidade e no bom senso. Este é o caminho apontado há centenas de anos como aquele capaz de tornar efetivo o ideal de Justiça e Paz Social perseguido pelo Homem. É natural que seja este o caminho escolhido por quem operacionaliza o sistema judicial.

Entretanto, é público e notório que em grande número de processos judiciais a solução, conciliada ou imposta por sentença, não agrada às partes nem atende seus verdadeiros interesses. Isto acontece de forma inequívoca nos Juizados de Família, por exemplo. Por que? Por que é tão comum que pessoas que já obtiveram a prestação jurisdicional sob a forma de uma sentença acabem retornando aos corredores do fórum e aos gabinetes das Promotorias de Justiça ainda cheias de angústias e indagações?

Neste ponto, antes de prosseguir, é preciso reconhecer a visível preocupação das categorias jurídicas – Magistratura, Ministério Público, Ordem dos Advogados do Brasil – em ofertar uma prestação jurisdicional célere e justa. Muitos operadores do Direito, nas diversas categorias, têm demonstrado (por sua postura, por sua produção intelectual, por sua dedicação e por seu discurso) a intensidade desta preocupação.

Entretanto, todos encontram-se inseridos, bem ou mal, no modelo posto, qual seja: o de **uma Justiça que se ocupa mais do processo que do conflito que ele encerra**; que se ocupa mais dos procedimentos que das pessoas; que se destina antes de tudo a dar encaminhamento aos autos, para só depois preocupar-se em ofertar respostas satisfatórias à sua clientela. Esta Justiça impessoal afasta a afetividade e o amor, e afastando-os pretende ditar soluções para os conflitos de afeto, o que é paradoxal. Dir-se-ia que, diante deste quadro, os gabinetes e cartórios judiciais deveriam estar vazios. Entretanto não é assim. E não é assim porque as pessoas têm sede de Justiça. Mas que Justiça as pessoas procuram? Esta a resposta basilar que todos perseguem.

Note-se que, em face do monismo jurídico, o Poder Judiciário, a Polícia e o Ministério Público – instituições da Justiça Formal – são as únicas vias de acesso à Justiça de que dispõem as pessoas. Assim engessadas, acorrem todas a este caminho estreito. Quando não recebem a resposta capaz de ajudá-las a administrar seus conflitos, tornam-se **recorrentes no seu aporte ao sistema**. Ou seja, retornam outras vezes, e mais outras, e mais outras, empilhando suas dores em sanfonas intermináveis de autos apensados.

Aos operadores jurídicos, e de forma especial ao Promotor de Justiça (por seu papel eminentemente transformador) incumbe reconhecer, forçosamente, que esta recorrência repetitiva ao litígio tem um significado: representa a incapacidade do sistema ao qual pertencemos de dar respostas eficazes para os anseios da sua clientela. Se as pessoas retornam sempre, e sempre por causa do mesmo conflito de base (que supostamente já estava resolvido), então a prestação jurisdicional não está cumprindo seu papel. Neste ponto, vale perguntar: o que está faltando?

Não se trata apenas de reduzir o número de processos, ou de acelerar o andamento dos feitos, o que sem dúvida é também essencial. É preciso que a prestação jurisdicional, além de

célere e tecnicamente bem apresentada, revista-se ainda de *eficácia resolutive em relação ao conflito*, hoje trivializado e desconsiderado quanto aos seus aspectos vitais.

Fala-se, aqui, de um novo paradigma de Justiça: não mais a justiça formal e reducionista, que considera seus tão somente os problemas de ordem técnico-jurídica, e pretende remeter dores e sofrimentos a outras esferas de atuação e conhecimento. Trata-se, antes, de uma Justiça que se ocupe das *pessoas concretas*, ou seja, que tenha por desiderato ajudar verdadeiramente outros seres humanos. Esta é a Justiça apta a ofertar aos atores do conflito doméstico uma espacialidade de transformação de sua relação.

Construir este novo paradigma é um desafio que passa por dois momentos distintos: o primeiro deles é o da *desconstrução interior* do modelo antigo, no íntimo de todos aqueles que trabalham ou que de alguma forma lidam com Direito e Justiça. Para que se edifique um paradigma novo não bastam apenas novas estratégias – é preciso rever o caminhar, mudar o passo, trocar o rumo. Trata-se da transformação íntima que chamamos de *humanização*.

Junto com esta travessia é preciso encetar outra, qual seja, a de elaborar e realizar estratégias para a concretização deste novo paradigma. Como ensina o velho barqueiro, só poderá atravessar o lago aquele que utilizar os dois remos: num deles está escrito *agir*; no outro *acreditar*. Remar apenas com um deles fará a barcaça andar em círculos. Só a sincronia perfeita dos dois pode garantir o sucesso da travessia.

VI - Bibliografia básica:

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica – do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal – Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia & Freitas Bastos Editora, 1999.

BOFF, Leonardo. *Tempo de Transcendência – O ser humano como um projeto infinito* – Rio de Janeiro: Editora Sextante, 2000.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Considerações sobre as formas de alternativa ao processo penal estabelecidas na Lei n. 9099/95*, in *Introdução Crítica ao Estudo do Direito Penal*. Org. SANTOS, Rogério Dultra dos. Florianópolis: Editora Diploma Legal, 1999.

FELIPE, Sônia. Violência, agressão e força. In FELIPE, Sônia & PHILIPPI, Jeanine Nicolazi. *O Corpo Violentado: estupro e atentado violento ao pudor*: Florianópolis: Gráfica/UFSC

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões*. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

HERMANN, Leda. *Violência Doméstica – A dor que a lei esqueceu*. Campinas: Cellex Editora, 1999.

LIMA, Miguel M. Alves. *Reflexões sobre o Tema Violência e Justiça Criminal*. In *Introdução Crítica ao Estudo do Sistema Penal*. Org. SANTOS, Rogério Dultra dos. Florianópolis, Editora Diploma Legal, 1999. pp. 57/58.

WARAT, Luis Alberto. *Em nome do Acordo: A mediação no direito*. Buenos Aires: ALMED, 1999.

TESE 07

A FUNÇÃO NEUTRALIZADORA COMO FONTE DE LEGITIMAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Cláudio Alberto Gabriel Guimarães
Promotor de Justiça

I - Introdução

Sabe-se que o Brasil usa e abusa da pena privativa de liberdade, sendo o país com maior número de encarcerados em toda a América Latina. Segundo Elizabeth Sússekind, Secretária Nacional do Ministério da Justiça, em palestra proferida no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão no dia 19/03/2001, é de 225.000 o número atual de encarcerados em território nacional, com um custo médio mensal de R\$ 660,00 por preso e um índice de reincidência de egressos do sistema penitenciário de aproximadamente 60%.

De ver-se, portanto, que não há nenhum exagero na afirmação de que o Brasil é um país que se exacerba no uso da sanção penal denominada pena de prisão, que entre outros conceitos adotamos o formulado por JAKOBS¹: “La pena es siempre reacción ante la infracción de una norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que há de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma”.

Doutrinariamente, temos as mais variadas explicações sobre a legitimidade e os fins da pena privativa de liberdade, tais como as teorias absolutas (fins retributivos), relativas (fins preventivos), mistas (englobam tanto os fins retributivos como também os preventivos) e mais modernamente os que vêem e defendem a pena privativa de liberdade apenas pelo seu caráter incapacitatório ou neutralizador. Platão a definia como medicina da alma!

No pólo oposto, existem os que pregam a total falência da pena de prisão, e por via de consequência, a falência do Direito Penal como um todo, pugnando assim pela sua total abolição².

1. JAKOBS, 1997: 8.

2. BERNAT DE CELIS, 1984: 115 s.

Como certeza, apenas uma: o intenso crescimento da criminalidade – seja através de novas formas de delinquir, seja através de novos criminosos – o que coloca em dúvida os paradigmas adotados pelos sistemas de controle social, mais precisamente pelo sistema repressivo penal no combate a tal doença que está infectando a sociedade de forma epidêmica.

Logo, em razão do atual contexto sócio-político-cultural brasileiro, nada mais óbvio do que nos questionarmos: O que é pena? Por que se pune? Quais os fins da pena? Quais os efeitos por ela produzidos? Enfim, qual o seu custo-benefício? Pune-se para prevenir que futuros delitos venham a ser cometidos (prevenção geral), para evitar que sejam novamente cometidos por quem já os praticou (prevenção especial), para retribuir, com sofrimento, o mal causado pelo delinqüente, ou simplesmente para neutralizar o infrator através do encarceramento, e assim evitar-se que ele continue delinqüindo? Ou seja, a pena é fim em si mesma ou corresponde a uma finalidade? Eis as questões vitais que devem direcionar um debate acerca da atual crise de legitimidade pela qual passa a pena de prisão³.

II - Funções atribuídas à pena privativa de liberdade

Com o advento da Escola Clássica⁴ iniciou-se a formulação da teoria da pena, fundamentada em teorias absolutas. O pensamento dos clássicos pode ser resumido no ensinamento de CUÉLO CALÓN⁵:

“La pena es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal. De esta noción se desprenden los siguientes caracteres: Es un sufrimiento, o sentida por el penado como un sufrimiento. Éste proviene de la restricción o privación impuesta al condenado de bienes jurídicos de su pertenencia, vida, libertad, propiedad, etc.; Es impuesta por el Estado. La pena es pública, impuesta por el Estado para la conservación del orden jurídico o para restaurarlo cuando haya sido perterbado por el delito; La pena debe ser impuesta por los tribunales de justicia como consecuencia de un juicio penal; debe ser personal, debe recaer solamente sobre el penado de modo que nadie puede ser castigado por hechos de otros; debe ser legal, establecida por la ley, y dentro de los limites por ella fijados, para un hecho previsto por la misma como delito”.

De ver-se que para os clássicos a principal característica da pena privativa de liberdade é a retribuição⁶, ou seja, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil missão de fazer justiça, nada mais. No dizer de BRUNO⁷: “é um mal justo com que o Estado responde ao mal injusto praticado pelo criminoso, em correspondência com a gravidade do fato, segundo o bem ofendido, e a grandeza de sua culpabilidade e pela qual se processa a reintegração da ordem jurídica violada”.

As grandes teorias justificadoras do caráter retributivo da pena foram formuladas por Kant e Hegel, o primeiro formulou sua teoria em bases de ordem ética, o segundo em bases de ordem jurídica, das quais nos ocuparemos a seguir.

3. STRATENWERTH, 1986: 9 s.

4. FERRI, 1996: 56-59.

5. CUÉLO CALÓN, 1950: 623-624.

6. BETTIOL, 2000: 635-647.

7. BRUNO, 1967: 18; 33.

Para entender KANT⁸, basta que citeamos seu mais conhecido exemplo: “Se una sociedad que se disuelve por mutuo acordo: También entonces debería ejecutarse antes al último asesino que se encontrase en prisión, de lo contrario, el pueblo sería cómplice en la vulneración pública de la justicia”. Portanto, para Kant, mister que o último assassino mantido na prisão fosse executado antes da dissolução da sociedade, com a única finalidade de que cada um sofresse a pena de seu crime, por pura retribuição, caso contrário, o homicídio poderia vir a recair sobre o povo que deixasse de impor esse castigo, podendo o mesmo ser considerado cúmplice desta violação pura de justiça. Logo, dentro do pensamento Kantiano, a pena deve ser aplicada simplesmente para que se realize justiça, já que quando não há justiça, os homens não têm razão de ser sobre a terra.

Em síntese, para Kant o infrator deve ser penalizado, única e exclusivamente, em razão de ter desrespeitado a lei com a prática do delito, abominando qualquer consideração sobre utilidade da pena, enquanto intimidação ou recuperação do delinqüente, o que pode ser dessumido deste pensamento citado por ARAGÃO⁹:

“A pena jurídica (*poena forensis*) que difere da pena natural (*poena naturalis*), em que o vício é por si mesmo o seu próprio castigo, e com o qual nada tem que ver o legislador, jamais pode ser decretada como um simples meio de obter-se outro bem, mesmo em proveito do culpado, ou da sociedade da qual ele faz parte; mas ela deve sempre ser imposta ao culpado pela única razão de ter ele delinqüido, porque nunca um homem pode ser tomado para instrumento dos desígnios de outro homem, nem ser computado no número das coisas, objeto do direito real; sua personalidade natural o preserva de semelhante ultraje, ainda que possa perder a personalidade civil. O malfeitor deve ser julgado digno de punição, punível, antes de se haver pensado em tirar-se da sua pena qualquer utilidade para ele ou para os seus concidadãos”.

Outro expoente defensor da teoria retributiva da pena foi Hegel. Sua teoria, entretanto, tem uma concepção mais jurídica do que ética – como em Kant –, na medida em que o direito negado pelo crime é reafirmado pela pena, ou seja, a pena se justifica em razão da necessidade de se restabelecer a vigência da vontade geral representada pelo ordenamento jurídico e que foi negada pelo infrator quando da prática do ilícito penal. Logo, se a vontade geral foi negada pela vontade do infrator, e é ela, em última instância, quem deve prevalecer, deve-se negar esta negação com a aplicação de uma pena e o conseqüente restabelecimento da vontade geral (ordem jurídica). É uma concepção dialética do fenômeno com a negação de uma negação, e portanto, com a reafirmação do direito: se realmente o delito nega o direito, a pena, ao negar o delito, reafirma o direito. Daí a mais conhecida proposição de HEGEL¹⁰: “a pena é a negação da negação do Direito”.

A mais contundente afirmação do caráter retributivo da pena formulada por HEGEL¹¹, defende que “somente através da aplicação da pena trata-se o delinqüente como um ser racional e livre. Só assim ele será honrado dando-lhe não apenas algo justo em si, mas lhe dando o seu direito: contrariamente ao inadmissível modo de proceder dos que defendem princípios preventivos, segundo os quais se ameaça ao homem como quando se mostra um pau a um cachorro, e o homem por sua honra e liberdade, não deve ser tratado como um cachorro”.

8. KANT apud JAKOBS, 1997: 21.

9. KANT apud ARAGÃO, 1977: 215.

10. HEGEL apud MEZGER, 1946: 63.

11. HEGEL apud BITENCOURT, 2000: 73.

Mais modernamente temos em BETTIOL¹² o grande defensor do caráter exclusivamente retributivo da pena privativa de liberdade. Para o pensador italiano “a idéia da retribuição é, portanto, idéia central do Direito Penal. A pena encontra razão de ser no seu caráter retributivo. A retribuição é uma das idéias-força de nossa civilização. Pode mesmo dizer-se que a idéia da retribuição é própria de todo tipo de civilização que não renegue os valores supremos e se ajuste às exigências espirituais da natureza humana”.

Dessume-se que para Bettiol a pena é, portanto, um sofrimento impingido ao delinqüente por causa do delito praticado. A idéia de retribuição encontra-se de tal modo intrinsecamente ligada ao conceito de pena, que fora dessa justificação a pena não existe.

Sucedendo a teoria retributiva da pena e embasada na idéia de defesa social¹³, surgiram as teorias preventivas da pena, formuladas a partir de uma nova escola, a escola positiva, que entendia ser função da pena inibir, tanto quanto possível, a prática de novos delitos. Portanto, após atravessar a fase natural da reação defensiva (vingança privada), a fase religiosa (vingança divina), a fase ética de penitência medieval (vingança pública), a fase jurídica da escola clássica, tem-se agora, com a escola positiva a fase social, onde a pena não deve mais ser a retribuição por uma falta moral com um castigo proporcionado, e sim um conjunto de medidas sociais, preventivas e repressivas, que, correspondendo melhor à natureza do crime, seja uma defesa mais eficaz e mais humana da sociedade.

Fundamentavam a concepção de defesa social no fato de que todo ser vivo luta pela existência e o instinto da própria conservação o leva a reagir contra qualquer agressão de que seja ou esteja para ser vítima. É o instinto de defesa, de proteção a si mesmo uma das características inatas a todo ser vivo de qualquer reino, de qualquer espécie, revela-se tanto nos animais como nos vegetais. Dessarte como se negar à sociedade, organismo incontestavelmente vivo e dinâmico, o direito inalienável que tem, como qualquer outro ser vivo, de conservar-se, e, conseqüentemente, de defender-se dos ataques contra as condições normais de sua existência¹⁴. Segundo ARAGÃO¹⁵: “O homem, em cujo braço, por exemplo, se declara uma gangrena invasora, tem o direito de amputá-lo, sacrificando-o em benefício corpo inteiro, em segurança da própria vida ameaçada de tal perigo. A sociedade, também ameaçada por um dos seus membros, que se revela um temível, tem o direito de eliminá-lo em proveito de todo o organismo e no interesse da própria conservação”.

A função preventiva da pena, adepta de uma função estritamente utilitarista desta, corolário de teorias relativas, divide-se em duas direções bem delineadas; prevenção geral e prevenção especial¹⁶.

Deve-se a FEUERBACH¹⁷ a formulação da teoria da coação psicológica, que alicerça a prevenção geral, sustentando que através da pena combate-se a criminalidade: com a cominação penal intimida-se, a ameaça da pena informa aos membros da sociedade contra quais condutas injustas o direito reagirá; por outro lado, com a aplicação da pena cominada, deixa-se patente a disposição de cumprir a ameaça realizada.

12. BETTIOL, 2000: 635.

13. JESCHECK, 1981: 1047.

14. ARAGÃO, 1977: 219.

15. ARAGÃO, 1977: 220.

16. ZAFFARONI & PIERANGELI, 1999: 104-114. FRAGOSO, 1991: 275-277.

17. MEZGER, 1946: 56-57.

BETTIOL¹⁸ faz a seguinte interpretação da função preventiva geral:

“A doutrina da prevenção geral parte da consideração de que o fim único das penas é afastar os delitos da sociedade, em razão do que através da ameaça, deve-se considerar presente na aplicação e na execução da pena a idéia de que a generalidade dos cidadãos é colocada na condição psicológica de não cair no delito. A sociedade defende-se de melhor modo contra o crime quando, através da ameaça da pena em geral e sua aplicação ou execução em particular, suscita nos cidadãos inibições capazes de frustrar aquelas forças psicológicas que podem existir no ânimo dos cidadãos como determinantes do crime”.

No outro pólo, da prevenção especial, a finalidade continua sendo evitar o delito, mas, ao contrário da prevenção geral, que se dirige à generalidade dos cidadãos, a prevenção especial dirige-se exclusivamente ao delinqüente em particular, com o escopo de que este não volte a delinqüir. Logo, a finalidade da pena não é mais a retribuição, nem a intimidação, senão a ressocialização e reeducação do delinqüente¹⁹.

Entendem os partidários desta doutrina que em razão da prevenção geral não ter logrado êxito em sua função intimidatória, haja vista que o criminoso mostrou-se indiferente à ameaça contida na cominação penal, o que acarretou a ocorrência de um delito com a efetiva aplicação e execução da pena resultados mais eficazes podem ser logrados, posto que agora a sanção penal não é mais uma abstração da lei, cujas verdadeiras conseqüências não podem ser sentidas, ao contrário, é uma realidade cujos efeitos penosos o réu está sofrendo e pode temer voltar a sentir²⁰.

Da junção das teorias até aqui expostas edificaram-se as teorias mistas ou unitárias da pena²¹, segundo as quais a pena é retribuição, mas deve, por igual perseguir os fins de prevenção geral e especial. Dentro da prevenção, o princípio da retribuição jurídica, concedendo a pena como justa retribuição, mas com o fim de manter no Estado as condições da vida social.

Entendem, pois, os defensores da teoria unificadora, que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena, e que as teorias monistas com sua unidimensionalidade – ou retributiva ou preventiva – mostram-se incapazes de abranger e explicar o crime e a melhor maneira de tratá-lo, sendo imprescindível para segurança dos direitos fundamentais do homem, como também da sociedade, uma visão da pluralidade funcional que possui a pena.

Como derivações das teorias já apresentadas, em um contexto mais atual, se digladiam os defensores da prevenção geral positiva e do neo-retribucionismo.

Ambas vêem na pena o escopo de consolidar, com a sua aplicação e execução, o sentimento coletivo de confiança na autoridade do Estado e na eficiência da ordem jurídica, reforçando no cidadão uma atitude durável de fidelidade à lei. É verdade, no fundo, que essas supremas exigências de defesa da ordem interior são satisfeitas pela pena através da conservação e da consolidação de sentimentos fundamentais relativos aos valores, quais sejam; a consciência ética, a justiça, a fidelidade à lei, à autoridade do Estado, à segurança da ordem jurídica.

18. BETTIOL, 2000: 654.

19. CERVINI, 1995: 32.

20. ROXIN, 1998:55.

21. FERREIRA, 1995: 28-30.

A diferença entre as correntes consiste em que para os preventivistas atribuem-se esses fins à função preventiva da pena, enquanto que para os neo-retribucionistas tal desiderato advém da função retributiva da pena, pois como diz MORSELLI²²:

“O erro dos autores da chamada prevenção geral integradora ou positiva consiste em atribuir tudo isto à função geral preventiva da pena, quando, na nossa maneira de ver, trata-se simplesmente dos efeitos típicos da função retributiva, exatamente conforme a ótica da concepção clássica, iluminada pela visão psicodinâmica neo-retributiva. Em síntese, é um erro considerar a consolidação e o reforço dos sentimentos de justiça, de fidelidade à lei e de consciência jurídica coletiva, como objetivos finais da pena na concepção de prevenção geral. Devemos, aliás, considerá-los como ‘efeitos induzidos’, o seja, indiretos, da função retributiva da pena”.

Atualmente, em razão da crise de legitimidade por que passa a pena de prisão, são muitos os estudiosos que vêem nessa modalidade de pena somente a função neutralizadora, significando, em última instância, que a pena ainda se legitima por segregar pessoas completamente inadaptadas ao convívio social, pelo maior período de tempo possível.

III - A pena privativa de liberdade na atualidade

A questão da privação de liberdade deve ser abordada em função da pena tal e como hoje²³ se cumpre e se executa, com os estabelecimentos penitenciários que temos, com a infraestrutura e dotação orçamentária que dispomos, nas circunstâncias e na sociedade atuais e, principalmente, em função dos resultados obtidos com a aplicação de tal sanção.

Desnecessário se faz perquirir, portanto, na atual conjuntura sobre o caráter retributivo da pena, já não estamos mais na Idade Média, não se podendo mais admitir que entre os fins da pena esteja o de se pagar um mal com outro mal, até porque que benefício este tipo de posicionamento pode trazer para o meio social. Para aqueles que insistem em achar que a vingança representada pela pena de prisão pode reforçar a crença no Direito, não podemos nos esquecer das conseqüências futuras que essa vingança pode vir a acarretar. Irretocável neste ponto a lição de DEL VECCHIO²⁴:

“A justificação intrínseca da pena se encontra precisamente na função reparadora e reintegradora do direito lesado. Pagar mal com o mal, na mesma medida, é a maneira mais fácil, mas não a mais certa, de restabelecer o equilíbrio destruído: o mal não se repara verdadeiramente senão pelo bem. Por conseguinte, é preciso afirmar o seguinte princípio: ao malum passionis (ação injusta), representada pelo delito, deve-se opor como uma exigência da justiça, não um malum actionis (uma reação pelo mal), segundo antiga fórmula, mas sim um bonum actionis (uma reação pelo bem), isto é, uma atividade que se exerça em sentido contrário de parte do autor do delito, atividade que anula ou reduz seus efeitos, na medida em que a coisa é possível”.

22. MORSELLI, 1997: 44-45.

23. MIR PUIG, 1992: 29 s.

24. DEL VECCHIO apud PIRES, 1999: 78.

Quanto à prevenção geral, a única coisa de concreto que se pode admitir é que tal tipo de posicionamento está levando à cominação de penas cada vez mais severas, teoricamente mais intimidativas, como querem os partidários do “Movimento de Lei e Ordem”,²⁵ ferindo pois os princípios que norteiam a aplicação de tais medidas, principalmente o da proporcionalidade, criando um Direito Penal do terror.

Tal fato se dá em razão da função intimidatória da pena ser extremamente influenciada pelo fenômeno da “vitimização”, que pode ser traduzida como a insistência da mídia em veicular reiteradamente nos noticiários crimes de maior gravidade, é a manipulação de sentimentos de medo e insegurança²⁶, de emoções provocadas por uns poucos crimes mais cruéis, por uns poucos fatos que comovem e assustam, especialmente roubos, seqüestros, estupros e alguns homicídios²⁷, o que gera na sociedade a idéia de que a qualquer momento o cidadão possa ser vítima de um crime, fortalece o pensamento da urgente necessidade de criação de novos tipos penais e a conseqüente agravação das penas. Podendo-se afirmar, portanto, que os meios de comunicação de massa, basicamente conformadores de demandas sociais, exigem a cada dia, mais e mais, uma expansão do controle penal através de novas criminalizações, aumento da severidade das penas e outras panacéias para o suposto incremento da delinqüência.

A prevenção especial por sua vez pode ser contestada apenas com números: Em um sistema penitenciário onde cabem no máximo 60.000 presos, encontram-se hoje amontoados na mais completa promiscuidade 225.000, o que gera uma reincidência de aproximadamente 60%. Daí uma das célebres frases de LYRA²⁸: “Seja qual for o fim atribuído à pena, a prisão é contraproducente. Nem intimida, nem regenera. Embrutece e perverte. Insensibiliza ou revolta. Descaracteriza e desambienta. Priva de funções. Inverte a natureza. Gera cínicos ou hipócritas. A prisão, fábrica e escola de reincidência, habitualidade, profissionalidade, produz e reproduz criminosos”.

Diante do exposto, já não é pequeno o número de autores que se insurgiram no passado e insurgem no presente contra a pena privativa de liberdade e seus propalados fins. Há quem entenda que a pena exerce uma função meramente simbólica de manifestação do poder, já que apenas um pequeno número de pessoas que cometem crimes, os selecionados²⁹ pelo sistema penal, acabam por sofrer tal tipo de sanção, e sua finalidade, embora não expressa, resume-se tão somente a manutenção deste poder. Ademais com a aplicação da pena há o isolamento, a estigmatização e a submissão ao inútil, profundo e desumano sofrimento da prisão daqueles que, selecionados, preferencial e necessariamente, entre os membros das classes subalternizadas, vão cumprir o papel de criminosos. Como conseqüência tais pessoas se tornam mais distantes e, portanto, mais desadaptadas ao convívio social, criando então uma verdadeira aptidão para cometimento de novos delitos, pois passam elas próprias a se verem como criminosos. Logo a pena de prisão, sob esse enfoque, é um poderoso realimentador da criminalidade³⁰.

25. JESUS, 1999: 4-11.

26. SILVA SANCHEZ, 1999: 127 s.

27. KARAM, 1994: 117-132.

28. LYRA, 1975: 84.

29. ANDRADE, 1997: 263-276.

30. KARAM, 1994: 118.

31. FRAGOSO, 1991: 4-5.

Sobre tal tema, segue o entendimento de FRAGOSO³¹:

“O sistema de Direito Penal está hoje em crise. Põe-se em dúvida o efeito preventivo do sistema punitivo, e não é possível emendar o criminoso através da pena. Verifica-se que a prisão necessariamente avilta, deforma a personalidade e corrompe o condenado. O exame da administração da justiça criminal revelou que o sistema funciona de forma seletiva, profundamente injusta e opressiva. Há evidente incongruência entre as aparências do magistério punitivo e suas dramáticas realidades”.

Ademais, há ainda que se avaliar dentro do atual contexto seletivo e simbólico do Direito Penal, a danosidade social que cada caso de impunidade, latente ou manifesta, significa. Impunidade esta diagnosticada pelos estudiosos das ciências jurídicas criminais e denominada de “cifra negra da criminalidade oculta”.³²

A professora ANDRADE³³ conceitua a cifra negra como sendo:

“Os delitos não perseguidos, que não atingindo o limiar conhecido pela polícia, nem chegam a nascer como fato estatístico, constituem a propriamente chamada criminalidade oculta, latente ou não oficial”, em outras palavras da própria autora, “nem todo delito cometido é perseguido; nem todo delito perseguido é registrado; nem todo delito registrado é averiguado pela polícia; nem todo delito averiguado é denunciado; nem toda denúncia é recebida; nem todo recebimento termina em condenação”.

Portanto, dessume-se facilmente que a criminalidade é muito maior do que a oficialmente registrada, por motivos os mais variados, e que, é importante ressaltar, existem comprovadamente alguns delitos, um percentual substancial, em que não é aplicado o Direito Penal, circunstância que debilita a sua própria credibilidade, ou seja, a credibilidade de todo o sistema penal.

O principal fator, que contribui significativamente para a permanência de fatos delituosos na impunidade, é o próprio funcionamento dos aparelhos que compõem o Sistema Repressivo Penal, já que é fato notório a impossibilidade de qualquer sistema penal, em qualquer lugar do mundo, de estar aparelhado para resolver pelo menos a maior parte dos delitos que são cometidos³⁴. Os sistemas penais não foram pensados para atuar em relação a todos os delitos cometidos, e muito menos, para ser aplicado a todas as pessoas que venham a delinquir.

IV - Conclusão

De todo o exposto resulta para nós que a pena privativa de liberdade está enfrentando uma crise sem precedentes, precipuamente no que pertine à sua legitimidade enquanto alicerce do sistema repressivo penal. Todas as mazelas inerentes a tal tipo de sanção penal foram apresentadas, admitindo-se inclusive a pertinência de todas as críticas endereçadas a mesma, o que não de se estranhar, haja vista que todo o embasamento doutrinário do ergástulo dista dos séculos XVIII e XIX.

32. CERVINI, 1995: 161 s.

33. ANDRADE, 1997: 263.

34. CERQUEIRA, 1999: 265-287.

A pena de prisão, conforme se afigura hodiernamente, distancia-se cada vez mais de seus pólos legitimadores, não sendo mais possível se reconhecer como tal as funções retributiva e preventiva – quer no seu viés intimidatório, quer no ressocializador –, entretanto, e somos conscientes disso, este tipo de sanção ainda representa relevante papel no controle social, a sua aplicação, por óbvio, deve ficar estritamente condicionada aos crimes de maior gravidade e aos criminosos profissionais, com a única justificativa de inocuidade ou neutralização destes, a saber: segrega-se o criminoso para que pelo maior período de tempo possível ele não venha a causar danos no meio social, cientes de que tal medida dificilmente possa produzir algum benefício em ralação ao mesmo.

Seguindo-se tal orientação, pode-se reivindicar a legitimidade da pena de prisão em razão de sua função neutralizadora, pela incontestável necessidade social de proteção contra determinados tipos de condutas extremamente nocivas, sob pena de, em caso de não intervenção estatal em momentos extremos, regredirmos ao período da vingança privada, ou o que é pior, à lei do mais forte.

Ressalte-se, entretanto, que mesmo quando da aplicação da pena privativa de liberdade para criminosos habituais e violentos, esta deve ser orientada pelas garantias penais constitucionais asseguradas, já que nenhuma pena pode ser imposta pelo que se é, e sim pelo que se fez. Entre as exigências de realização do poder punitivo do Estado e o respeito às garantias do cidadão, é evidente que em um Estado Democrático e Constitucional de Direito, são as garantias do cidadão que devem prevalecer.

V - Bibliografia

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. *As três escolas penais: clássica, antropológica e crítica*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos Delitos e das penas*. Bauru, SP: EDIPRO, 1993.

BERISTAIN, Antonio (org.). *Reformas penales em el mundo de hoy*. Madrid: ICUCM, 1984.

BETTIOL, Guiseppe. *Direito Penal*. São Paulo: Red Livros, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão. Causas e alternativas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1967.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Control social y sistema penal*. Barcelona: PPU, 1987.

CERVINI, Raúl. *Os Processos de Descriminalização*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

CUELO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal. Parte general*. Barcelona: BOSCH, 1951.

DORADO MONTERO, Pedro. *Bases para um nuevo Derecho Penal*. Buenos Aires: Depalma, 1973.

- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 1997a.
- FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. São Paulo: Bookseller, 1996.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 10ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1987.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- GAROFALO, R. *Criminologia*. Campinas, SP: PED, 1997.
- HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de hoy*. Bogotá: CIDPFD, 1998.
- _____. *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1984.
- _____. LARRAURI, Elena. *Justificación material y justificación procedimental em el Derecho Penal*. Madrid: Editorial Tecnos, 1997.
- HULSMAN, Louk e CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas Perdidas: o sistema penal em questão*. 2ª ed. Niterói-RJ: Luam, 1997.
- JAKOBS, Günter. *Derecho Penal, Parte General – fundamentos y teoría de la imputacion*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: BOSCH, 1981.
- JESUS, Damásio E. *Direito Penal*. v.1, 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. *Penas alternativas*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1942.
- _____. *Como julgar; como defender; como acusar*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1975.
- MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. 2ª ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1946.
- MIR PUIG, Santiago. *Funcion de la pena y teoría Del delito em el estado social y democratico de derecho*. 2ª ed. Barcelona: Bosch, 1982.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- REALE JUNIOR, Miguel. *Novos Rumos do Sistema Criminal*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.
- ROXIN, Claus. *Política criminal y Sistema del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1998.
- SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. *La expansion Del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas Ediciones, 1999.
- STRATENWERTH, Günter. *Qué aporta la teoría de los fines de la pena?* Bogotá: CIDPFD, 1996.
- VON HENTIG, Hans. *La pena*. Madrid: Espasa-Calpe, 1968.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*. 4ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

_____. *El Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Barcelona: Ed. Ariel, 1964.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. PIERANGELI, José Henrique. (1999). *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

Artigos:

BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *La abolicion del sistema penal contra la reforma*. Reformas penales para el mundo de hoy. Madrid: ICUCM, 1984.

BORGES FILHO, Adolfo. *A prisão como pena alternativa*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 8, nº 96, 2000.

CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. *Ensaio sobre um projeto de avaliação do sistema de justiça criminal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 7, nº 27, 1999.

CHRISTIE, Niels. *Conversa com um abolicionista minimalista*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 6, nº 21, 1998.

FRANCO, Alberto Silva. *A pessoa humana como centro do sistema punitivo*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Ano 7, nº 86, 2000.

FERNANDES, Antonio Scarance. *O consenso na Justiça Penal*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 7, nº 83, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *O Direito como um sistema de garantias*. OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. (org.) *O novo em direito e em política*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997b.

GUIMARÃES, Justino da Silva. *O fantasma da prisão e suas reais alternativas*. Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão. São Luís: PGJ, 2000.

HASSEMER, Wilfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 2, nº 8, 1994.

JESUS, Damásio E. *Justiça e criminalidade*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 2, nº 5, 1994.

KARAM, Maria Lúcia. *Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 2, nº 6, 1994.

MAÑAS, Carlos Vico. *Chegamos ao ano 2000!* Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Ano 7, nº 86, 2000.

MORSELLI, Élio. *A função da pena à luz da moderna criminologia*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 5, nº 19, 1997.

PIRES, Álvaro P. *Alguns obstáculos a uma mutação humanista do Direito Penal*. Sociologias. Porto Alegre: UFRS, ano 1, nº 1, 1999.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *A justificação do Direito de punir na obra de Luigi Ferrajoli: algumas observações críticas*. SANTOS, Rogério Dutra dos (ORG.). Introdução crítica ao estudo do sistema penal. Florianópolis: Ed. Diploma Legal, 1999.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Consensualismo e prisão*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 7, nº 28, 1999.

SÁ, Augusto Alvino de. *Razões e Perspectivas da Violência e da Criminalidade: Punição Versus Reconciliação*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 7, nº 83, 1999.

SCHEERER, Sebastian. *Pensando o Direito Penal...*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 8, nº 95, 2000.

SILVA, Evandro Lins e. *De Beccaria a Filippo Gramática*. Sistema Penal para o terceiro milênio. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

THOMPSON, Augusto. *A pena-crime arbitrária*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 1, nº 1, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *El sistema penal en los países de America Latina*. Sistema penal para o terceiro milênio. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

TESE 08

O DIREITO DE INTERVENÇÃO DAS PARTES NO INTERROGATÓRIO. PROPOSTA AO ANTEPROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Justino Da Silva Guimarães
Promotor de Justiça no Maranhão

“O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático nele proclamadas, ele é, por assim dizer, o microcosmo do Estado de Direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade.”

(Cândido Dinamarco).

I - Introdução

A forma pela qual o ato de interrogar encontra-se inserido no contexto da Lei Instrumental Penal é inquietante, mormente após a promulgação da Carta Política Federal em voga, a qual inseriu no Título II, Capítulo I, vários princípios de natureza penal e processual penal como direitos e garantias do cidadão e que atualmente vêm sofrendo retaliações de vários segmentos da sociedade, a exemplo do *movimento de lei e ordem* com inclinações contrárias às conquistas das organizações de defesa dos direitos humanos no sentido de não se petrificarem como princípios basilares de direitos, violando, iniludivelmente, o espírito da Carta Cidadã pautada no Estado Democrático de Direito.

Este movimento representa a perspectiva de um direito penal simbólico, uma onda propagandística dirigida especialmente às massas populares, por aqueles que, preocupados em desviar a atenção dos graves problemas sociais e econômicos, tentam encobrir que estes fenômenos desgastantes do tecido social são, evidentemente, entre outros, os principais fatores que desencadeiam o aumento não tão desenfreado e incontrolável quanto alardeiam, da criminalidade¹.

Por esta razão e outras que fogem do objetivo desta tese, é que vem crescendo gradativamente o movimento do garantismo defendido por Ferrajoli. O garantismo deve ser

1. SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Bases críticas de direito penal*. São Paulo: Editora de Direito, 2000, p.132.

entendido “*como uma técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos e por esta razão deve ser considerado o traço mais característico, estrutural e substancial da democracia. Garantias tanto liberais como sociais expressão os Direitos Fundamentais do cidadão frente aos poderes do Estado, os interesses dos mais débeis em relação aos fortes, tutela das minorias marginalizadas frente às normas integradas*”².

A perspectiva garantista de Ferrajoli tem por base um projeto de Democracia Social que forma um todo único com o Estado Social de Direito, que consiste na expansão dos direitos do cidadão e dos deveres do Estado na maximização das liberdades e na minimização dos Poderes³.

Pois bem, é consabido que o Código de Processo Penal em voga é oriundo de um regime político autoritário, razão pela qual não se podia esperar que o interrogatório fosse disciplinado de forma mais democrática, oportunizando a participação das partes dissidentes neste ato formal e solene caracterizado pela *judicialidade*.

Felizmente, a Comissão de juristas composta por membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual, constituída por força de Portaria da lavra do Ministro da Justiça, Dr. José Gregori, com vistas a apresentar propostas de reforma do Código de Processo Penal, sugeriu relevantes alterações em variados capítulos desse diploma legal.

Ada Pellegrini Grinover, Presidente da Douta Comissão, assevera que os valores fundamentais do moderno processo penal são o *garantismo e a efetividade*, acrescentado que:

“*Garantismo, visto tanto no prisma subjetivo dos direitos das partes, e sobretudo da defesa, como no enfoque objetivo da tutela do justo processo e do correto exercício da função jurisdicional. Efetividade, na visão instrumental do sistema processual, posto a serviço dos escorpos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição*”⁴.

O anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal apresentado pela Douta Comissão vem concretizar o ideal de modernidade granjeado também pelos operadores do Direito Processual Penal. No tocante ao capítulo que disciplina o interrogatório, há inúmeras alterações, entre as quais, a possibilidade das partes se manifestarem neste ato processual, fazendo valer o direito das partes, precipuamente da defesa, sintonizando, assim, com os princípios da ampla defesa e do contraditório. É a redação do novo artigo 188, *verbis*: “*Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante*”.

A redação final do dispositivo supramencionado é preocupante, qual seja, “*se o entender pertinente e relevante*”, ante ao choque de subjetivismo entre o discernimento do magistrado e das partes na colocação do questionamento.

Destarte, a tese tem por fim precípua sugerir uma pequena alteração nesse novo dispositivo, procurando contribuir para a modernização e democratização do Direito Processual Penal dentro

2. STRECK, Lenio. *Tribunal do júri. Símbolos e rituais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.27.

3. STRECK, Lenio. *Op. Cit.*, p.27.

4. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A reforma do código de Processo Penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais n.31, julho-setembro de 2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.64.

do espírito garantista.

II - O direito de intervenção das partes no interrogatório. Proposta ao anteprojeto do código de processo penal

É consabido que o atual artigo 187 do Código de Ritos Criminal proíbe a intervenção das partes na fase de interrogatório, *litteram*:

Art. 187 – O defensor do acusado não poderá intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas.

O artigo foi enfático ao proibir aludida intervenção quando da utilização da expressão “*de qualquer modo*”, demonstrando evidente resquício do sistema inquisitório. Ademais, observa-se que o dispositivo proíbe expressa e exclusivamente a intervenção da defesa, pois não previu tal limitação à acusação, mas a norma defectível sempre foi aceita com parcimônia pela doutrina e jurisprudência, ante ao *status* constitucional dos princípios do contraditório e da ampla defesa e do princípio da igualdade das partes. Por esse motivo, quiçá, nunca houvera interesse de alterá-la no sentido de coadunar com tais princípios constitucionais.

De outra parte, não se pode descurar que a intervenção das partes no interrogatório é um direito advindo dos princípios constitucionais suso mencionados, razão pela qual entende-se que a norma *sub examinem* é inconstitucional. Nesse diapasão comunga-se com o posicionamento de Cândido Furtado quando afirma que:

“É um direito-dever como função jurisdicional essencial à administração da Justiça e em defesa dos direitos fundamentais a cidadania. (...) Se a democracia deve ser real, o processo administrativo ou judicial não pode ser formal, e para tal desiderato, o princípio do contraditório e da ampla defesa, por sua vez, também deve ser real e não formal”⁵

É de transparência vítrea que o magistrado ao interrogar inculcado, detém da oportunidade de, frente a frente, analisar sua personalidade e outros aspectos de caráter subjetivo, visando a formação de um juízo quando da aplicação do artigo 59 em combinação com o artigo 68, ambos da Lei Substantiva Penal. De outra parte, incorre em grande risco de prejudicar as partes quando da possibilidade de não ter conhecimento de mais detalhes sobre o fato criminoso, detalhes estes que poderiam ser complementados pela defesa ou pela acusação quando do conhecimento de tais pormenores. Assim, a questão poderia ser remediada com a intervenção das partes, cujo ato culminaria em oferecer maior garantia ao acusado, pois no falado regime Democrático de Direito não há falar-se em restrição a direitos e garantias fundamentais.

O Instituto Brasileiro de Direito Processual, mediante Aviso 1.151, de 29.10.1999, foi convidado pelo Ex-ministro da Justiça, Dr. José Carlos Dias, para apresentar proposta de reforma do Código de Processo Penal, cujo ato fora concretizado através da Portaria 61, de 20.01.2000, a qual constituiu a comissão composta por membros daquele instituto, tendo como presidente a ilustre jurista, Ada Pellegrini Grinover. Com a nomeação do Ministro José Gregori para a Pasta,

5. MAIA NETO, Cândido Furtado. *O Promotor de Justiça e os direitos humanos. Acusação com racionalidade*. Curitiba: Juruá, 2000, p.67.

foi necessário a expedição de nova Portaria (Portaria 371, de 11.05.200) objetivando dar continuidade àquele mister.

A Douta Comissão apresentou ao atual Ministro da Justiça, 05 (cinco) anteprojetos devidamente adaptados à realidade das normas insculpidas na Carta Política Federal de 1988 e à Convenção Americana sobre os Direitos dos Homens, trazendo à lume alterações de vanguarda, com vistas a oferecer maior celeridade aos procedimentos e efetividade ao processo⁶.

No tocante ao capítulo que disciplina o interrogatório, as alterações propostas tiveram por escopo as seguintes metas: a) assegurar a presença do defensor no momento do interrogatório; b) proibir sua realização a distância quando o acusado estiver preso; c) cientificar o acusado do seu direito de permanecer calado; d) assentar que o silêncio não importa em confissão e tampouco pode prejudicar a defesa; e) separar claramente o ato do interrogatório em duas partes: a primeira sobre a pessoa do acusado e a segunda sobre o fato; f) garantir a participação das partes no interrogatório, para completá-lo no que for pertinente e relevante; e g) conferir às partes o direito de requerer novo interrogatório do acusado em pedido fundamentado⁷

A inovação que interessa trazer à baila é a que se refere à possibilidade de intervenção das partes no interrogatório. O novo art.188 da Lei Instrumental Penal proposto pela comissão tem a seguinte redação, *verbis*:

Art. 188 – Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

Toda interpretação do direito legislado principia de um texto, isto é, uma forma lingüística escrita⁸. Todo texto é composto por palavras, sendo que a grande maioria das palavras apresentam mais de uma conotação, daí decorre o imperioso cuidado na edificação de uma norma jurídica no sentido de evitar duas ou mais interpretações que culmine na sua má aplicação. Alf Ross assevera que: “A maioria das palavras não têm um campo de referência único, mas sim dois ou mais, cada um deles construído sob forma de uma zona central à qual se apresenta um círculo de incerteza. Tais palavras são chamadas de **ambíguas**”⁹. Além desse axioma encontrado no cotidiano da linguagem jurídica, encontra-se normas recheadas de vagüeza, conduzindo o operador do direito ao mesmo destino. Por conseguinte, entende-se que as expressões prescritas nas normas penais e nas normas processuais penais devem ser taxativas para que se coadunem com o princípio da legalidade, alicerce de todo o ordenamento jurídico.

As expressões, “pertinente” e “relevante” consignadas no texto do artigo supra destacado são vagas, pois não exprimem um significado concreto, um grau de certeza do que vem a ser um questionamento formulado pelas partes considerado relevante e pertinente.

Nesse diapasão, observa-se que o dispositivo em comento, *data venia*, poderia ser mais democrático, no sentido de fazer valer o direito das partes de exercerem livremente o direito de parte. É que expressões “*se o entender pertinente e relevante*”, além de serem vagas, possuem resquícios de autoritarismo, posto que ficará ao talante do magistrado a interpretação do que vem a ser relevante e pertinente, expressões estas que, iniludivelmente, causarão transtornos e

6. GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. Cit., p.68.

7. GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. Cit., p.71.

8. ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução por Edson Bini. Bauru, São Paulo: Edipro, 2000, p.139.

9. ROSS, Alf. Op. Cit., p.143.

incidentes entre o entendimento do juiz e das partes no que tange ao esclarecimento de um fato em forma de questionamento, cujo incidente poderá culminar num verdadeiro cerceamento desse direito (direito à intervenção). Ora, o que não pode ser pertinente e relevante ao juiz, pode ser imprescindível para a defesa.

Destarte, no sentido de contribuir para a modernização e democratização do Direito Processual Penal, defende-se a supressão da última parte desta norma paradigmática, passando a ter a seguinte redação:

“Art. 188 – Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes”.

Assim, entende-se que o direito ao questionamento não estará cingido ao grau de subjetivismo do magistrado e, considerando que as afirmações do acusado no interrogatório são também consideradas fonte de prova, maior razão para o exercício amplo desse direito.

O Código de Processo Penal já impõe poderes ao juiz de comandar o bom andamento das audiências, por exemplo, indeferir os questionamentos das partes dirigidos à testemunha quando for repetitivo ou alheio ao fato delituoso. É o que se lê do art. 212, *verbis*: “As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas das partes, salvo se não estiverem relacionada como processo ou importarem repetição de outra já respondida”. É dizer que já existe norma processual penal que limita os questionamentos formulados pelas partes.

Aproveitando o exemplo supra, pode se fazer uma interpretação à expressão “*pertinente*”, qual seja, se o questionamento complementar formulado pela defesa ao acusado na fase de interrogatório não for relacionado com o fato delituoso, poderá ser indeferido pelo juiz por entendê-lo impertinente. Por outro lado, aludido questionamento poderá ter uma interpretação diferente, ou seja, a expressão “*impertinente*” não significa uma pergunta não relacionada ao fato delituoso.

Portanto, o que se quer evitar é esse choque de interpretação subjetiva, o qual poderá levar ao cerceamento a direito das partes, devendo, pois, ser suprimido da nova norma *sub studio* as expressões “*se o entender pertinente e relevante*” para prevalecer os princípios do bom senso e da razoabilidade.

Por fim, vale registrar que os questionamentos entendidos como “impertinentes e irrelevantes” não se limitam exclusivamente às partes, mas também ao próprio juiz que, mesmo na qualidade de Presidente do ato, está adstrito a regramentos constitucionais garantidores de direitos do processado.

III - Conclusão

a) Os anteprojetos do Código de Processo Penal apresentados pela Douta Comissão ao Ministro da Justiça, Dr. José Gregori, vem de encontro com os princípios basilares de direitos e garantias fundamentais pautados na Constituição Cidadã de 1988, cuja comissão primou pelo garantismo e pela efetividade do processo;

b) O anteprojeto que visa dar nova roupagem ao capítulo que disciplina o interrogatório

veio atender aos reclamos das partes, no sentido de fazer valer o direito de intervir neste ato processual, harmonizando-o com os princípios do contraditório e da ampla defesa;

c) A nova redação dada ao artigo 188 do Código de Processo Penal, que prevê a intervenção das partes no interrogatório, *concessa maxima venia*, utilizou de expressões vagas e subjetivas, quais sejam “*se o entender pertinente e relevante*”. É dizer que a interpretação do que venha a ser “pertinente” e “relevante” ficou a critério subjetivo do juiz, questão que poderá causar cerceamento de direito das partes, pois o que pode ser irrelevante ou impertinente ao magistrado, poderá ser imprescindível à defesa ou à acusação;

d) Objetivando contribuir para a modernização e democratização do novo Código de Processo Penal, visando maior sintonia com os direitos e garantias fundamentais do cidadão insertos na Carta Política Federal e incorporado no mesmo espírito garantista dos membros da Comissão de Reforma do CPP, propôs-se a supressão da expressão “*se o entender pertinente e relevante*” inserta no novo art.188, passando a ter a seguinte redação, *verbis*: “*art.188 – Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes*”.

Pontificaliza-se a tese com o pensamento do grande líder, Martin Luther King: “*É melhor tentar e falhar; que preocupar-se a ver a vida passar. É melhor tentar ainda em vão, que sentar-se fazendo nada até o final. Prefiro ser feliz, embora louco, que viver conformado*”

IV - Referências bibliográficas

- AZÊVEDO, Jackson Chaves de. *Reforma e “contra” reforma penal no Brasil. Uma ilusão...que sobrevive*. Florianópolis: OBS/SC, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 7 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *A reforma do Código de Processo Penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.31, julho-setembro de 2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- JARDIM, Afranio Silva. *Direito processual penal*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MAIA NETO, Cândido Furtado. *O promotor de Justiça e os direitos humanos. Acusação com racionalidade*. Curitiba: Juruá, 2000.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução por Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.
- SANTORO FILHO, Antonio Carlos. *Bases críticas de direito penal*. São Paulo: Editora de Direito, 2000.
- STRECK, Lenio. *Tribunal do júri. Símbolos e rituais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TESE 09**PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E AÇÃO PENAL - JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE**

Geraldo Batista de Siqueira

Procurador de Justiça/GO

Professor de Direito Penal e Processual Penal – UCG

Marina da Silva Siqueira

Promotora de Justiça/GO

Miguel Batista de Siqueira Filho

Promotor de Justiça/TO

Professor de Direito Penal e Processual Penal/TO

Sarah Siqueira de Miranda

Socióloga

Osmar Prudente

Procurador de Justiça/GO

Kênia Dorneles

Assessora de Procurador de Justiça – MP/GO

Sumário:

- I - Princípio da insignificância e conceito material de tipo**
- II – Princípio da insignificância como excludente de tipicidade**
- III – Ação penal e juízo de admissibilidade da acusação**
- IV – Conclusões**

I – Princípio da insignificância e conceito material de tipo:

O princípio da insignificância está estreitamente ligado ao conceito material de tipo. CARLOS VICO MAÑAS publicou pela Editora Saraiva, sobre o Tema, obra prima, intitulada: O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COMO EXCLUDENTE DA TIPICIDADE NO DIREITO PENAL. Trabalhando com o princípio da insignificância ou crime de bagatela,

chegamos à tipicidade material, substancial. Aliás, em qualquer situação fática, independentemente da discussão sobre o princípio da insignificância, imperioso é reconhecer a insuficiência da conceituação do tipo, ligada, exclusivamente, ao seu aspecto formal, como sabiamente observava BETTIOL: “*Entende-se consumado pois o crime, quando fato concreto e fato abstrato, coincidem, entre si, perfeitamente. Mas não basta ainda. Esta seria sempre uma definição formal própria de um procedimento lógico, não teleológico.*”

É necessário referir-se tanto ao critério formal da correspondência do fato ao tipo legal da lesão do bem jurídico, em harmonia com a noção teleológica do crime já delineado”¹.

Aliás, fala-se tanto, principalmente nas universidades, em conceito formal, material, formal-material e, até, em conceito formal-material – sintomatológico de crime.

O tipo penal, formalmente caracterizado careceria do aspecto conteudístico necessário, que viria do fato social para alcançar as culminâncias do tipo, sob o ângulo, o enfoque material, substancial, que estaria no objeto jurídico da figura penal, susceptível de dano ou perigo de dano.

O aspecto material do tipo penal, dada a natureza teleológica do Direito Penal, torna-se indispensável. O objeto da tutela penal deve apresentar-se com alguma relevância, em termos axiológicos. Daí o afastamento do tipo penal, do juízo de tipicidade, já na fase persecutória, quando insignificante fora valorado o objeto jurídico da infração penal. É o reflexo processual na doutrina penal do princípio da insignificância.

Bem próximo, para alguns se confundindo com o princípio da insignificância, vem o princípio da adequação social, situação, também excludente de tipicidade do fato natural. Para HANS WELZEL em sua obra: DERECHO PENAL ALEMÁN, página 83, o princípio da adequação social bastaria para excluir certas lesões insignificantes². MAURÍCIO ANTÔNIO RIBEIRO LOPES, citando autores diversos, com propriedade assenta: “*A adequação social supõe aprovação social da conduta enquanto o princípio da insignificância somente uma relativa tolerância, por sua escassa gravidade, como pondera também LUIZ PUIG*”. E continua o autor: “*A teoria da adequação social está prevalentemente regulada sobre o desvalor da ação, e o princípio da insignificância sobre o desvalor do resultado*”³.

O eminente mestre, FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, relatando um processo no Superior Tribunal de Justiça teve a feliz oportunidade de nos transmitir a lição de que o princípio da insignificância não pode limitar-se, tão só ao resultado, obscurecendo-se o desvalor da conduta.

II – O princípio da insignificância como excludente de tipicidade do fato:

O fato, comportamento humano, positivo ou negativo, só se eleva à condição de fato típico, quando tiver a impulsioná-lo o dolo ou a culpa, como conteúdo subjetivo e normativo. É a regra que se completa com a valoração jurídica do bem jurídico, que se pretende tutelar, do qual se exige alguma relevância axiológica.

1. BETTIOL, Giuseppe – DIREITO PENAL – II / 206;

2. WELZEL, Hans – DERECHO PENAL ALEMÁN – p. 83;

3. RIBEIRO LOPES, Maurício Antônio – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL, p. 121/122;

Assim, ausente a razão da incriminação, a proteção de um valor para a sociedade, atípica resta a conduta apurada.

O momento final do fato típico, a consumação, deve realizar o tipo penal em seus dois aspectos: formal e material ou substancial. Consumação formal e material.

III – Ação penal - juízo de admissibilidade da acusação:

Aceita a tese do princípio da insignificância, no contexto da tipicidade penal, ainda questionada, na doutrina, como nos Pretórios, desde que constatada a insignificância do objeto jurídico do tipo penal, segundo o critério do desvalor da conduta e do resultado, inofismável resultaria a inviabilidade do exercício da ação penal na conformidade da preceituação do art. 43, inciso I, CPP: a denúncia ou queixa, ato inaugural da instância penal, seria rejeitada, quando, à evidência, não veiculasse imputação apta a constituir um fato típico. Crime, vocábulo que aparece na regra jurídica citada, deve ser visualizado sob a ótica da interpretação restritiva, restringindo-se seu limite a seu primeiro componente, o fato típico. Não ultrapassaria a pretensão acusatória, dada sua inépcia substancial, juízo de admissibilidade, do juízo de prelibação, como preferem HÉLIO TORNAGHI⁴ e CAMARGO ARANHA⁵, visto que juízo de prelibação é todo juízo de admissibilidade: nos recursos, nas exceções e na ação – penal ou civil. Alguns, felizmente poucos, querem limitar a designação, juízo de prelibação, aos procedimentos nos crimes, praticados por funcionário público, contra a administração pública (arts. 312/326, CP), bem como nos procedimentos originários dos tribunais.

A conseqüência prática da aplicação do princípio da insignificância, excluindo ou impedindo a tipicidade do fato, realizado pelo agente, vem de ensejar um despacho liminar negativo de rejeição, nunca o ofício jurisdicional baixado o seria pelo despacho liminar negativo de não recebimento da peça acusatória.

A acusação criminal, resposta a um furto de algumas frutas, em rico e variado pomar, não poderia prosperar no juízo de admissibilidade, razão pela qual, na trilha do princípio estudado, o Ministério Público, em promoção bem fundamentada, tomaria a iniciativa do arquivamento das peças investigatórias, levando tal pleito ao judiciário.

“Requerer o arquivamento do inquérito policial, com base em simples menção ao princípio da insignificância”, e tão-somente, é uma heresia jurídica intolerável.

O pronunciamento do *Parquet* a ser acolhido tem sua base normativa no art. 43, inciso I, do CPP, e, caso tal posição não fosse tomada, o Magistrado, instado a manifestar-se, deveria fazê-lo, amparado no mesmo suporte jurídico (art. 43, I, CPP), encerrando, antecipadamente, a lide, com a rejeição da peça vestibular.

Trata-se, na hipótese, em comento, de exemplo de rejeição, que se faria em relação à denúncia ou à queixa, o que não ensejaria no caso de sucumbência, azo ao recurso em sentido estrito (art. 581, I, CPP), posto que pertinente o recurso de apelação (art. 593, II, CPP) em função da natureza da decisão prolatada.

4. TORNAGHI, Hélio Bastos – COMPÊNDIO DE PROCESSO PENAL – 1/78;

5. CAMARGO ARANHA, Adalberto G. T. de – DOS RECURSOS – p. 46 e seguintes;

Do extinto Tribunal de Alçada do glorioso Rio Grande do Sul vem-nos elucidativo acórdão sobre temas do presente trabalho, da lavra do hoje Desembargador TUPINAMBÁ PINTO DE AZEVÉDO (RT 723/674), numa oportuna colocação da matéria, tanto na peculiaridade da atividade recursal, como na posição a propósito do princípio em estudo, momento em que vem à luz um caso prático, concreto.

Completando o parágrafo acima, a questão foi a seguinte: o Promotor de Justiça ofereceu uma denúncia, o Magistrado a rejeitou, sob o fundamento da configuração, no caso, do princípio da insignificância, não a recebeu, ensejando o inconformismo recursal, que se realizou na modalidade de apelação, recebendo-a, porém, o Juiz competente, como recurso em sentido estrito (art. 581, I, CPP) valendo-se da regra recursal da fungibilidade, inserta no art. 579, CPP.

Na instância recursal, nova aplicação da regra da fungibilidade, com o relator conhecendo do recurso como apelação, tal qual inicialmente, por se tratar de decisão definitiva “*que põe termo à ação penal*”.

O professor JOSÉ ANTÔNIO PAGANELLA BOSCHI, em sua obra, primorosa por sinal, AÇÃO PENAL, página 161, “C”⁶ e o Procurador de Justiça do Espírito Santo, JOSÉ MARÇAL DE ATAÍDE ASSI, em trabalho intitulado: O NÃO RECEBIMENTO E A REJEIÇÃO DA DENÚNCIA, in Estudos Jurídicos – n.º 11, p. 426 e seguintes⁷, prelecionam com lucidez, o quanto necessário para o esclarecimento da distinção, entre não recebimento e rejeição da inicial acusatória, com reflexos substanciais na pertinência recursal. Distinção que vem no próprio Código de Processo Penal e que se faz obrigatória diante do princípio de hermenêutica, segundo o qual é defeso palavra ociosa nos textos legais, o que não impediu, apesar das evidências, que o TRF, 4ª Região, sumulasse a matéria de forma contrária (Súmula 60).

IV – Conclusões:

IV. 1 – Acolhida a tese do princípio da insignificância, como excludente de tipicidade, competirá ao Ministério Público a promoção do arquivamento das peças investigatórias, através do necessário requerimento ao Juiz, em requerimento devidamente fundamentado;

IV. 2 – De nenhuma validade jurídica é o pedido de arquivamento, assim formalizado: *Com base no princípio da insignificância requeira o arquivamento do inquérito policial ou de outras peças informativas;*

IV. 3 – A atividade recursal, resultante do inconformismo ante a rejeição da denúncia ou queixa, se realiza através de apelação (art. 593, II, CPP), dada a natureza da decisão impugnada.

6. PAGANELLA BOSCHI, José Antônio – AÇÃO PENAL – p. 161, “C”;

7. ATAÍDE ASSI, José Marçal – O NÃO RECEBIMENTO E A REJEIÇÃO DA DENÚNCIA in Estudos Jurídicos – 01, n.º 11, 426 e seguintes.

V - Bibliografia

- 01-** BETTIOL, Giusepe – DIREITO PENAL – II / 206;
- 02 –** WELZEL, Hans – DERECHO PENAL ALEMÁN – p. 83;
- 03 –** RIBEIRO LOPES, Maurício Antônio – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL, p. 121/122;
- 04 –** TORNAGHI, Hélio Bastos – COMPÊNDIO DE PROCESSO PENAL – 1/78;
- 05 –** CAMARGO ARANHA, Adalberto G. T. de – DOS RECURSOS – p. 46 e seguintes;
- 06 –** REVISTA DOS TRIBUNAIS 723/674 e seguintes;
- 07 –** PAGANELLA BOSCHI, José Antônio – AÇÃO PENAL – p. 161, “C”;
- 08 –** ATAÍDE ASSI, José Marçal – O NÃO RECEBIMENTO E A REJEIÇÃO DA DENÚNCIA in Estudos Jurídicos – 01, n.º 11, 426 e seguintes.

TESE 10

PROPOSTAS DE EMENDA CONSTITUCIONAL CRIANDO: JUIZADO DE INSTRUÇÃO CRIMINAL, OUTORGA DE EXCLUSIVIDADE DE INVESTIGAÇÃO À POLÍCIA, COLEGIADO PARA EXERCER O CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL E “JUÍZES TEMPORÁRIOS”.

Rodrigo Régner Chemim Guimarães
Promotor de Justiça em Curitiba*

Encontra-se tramitando na Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda Constitucional nº 151-A/95, apensa às Propostas de Emendas Constitucionais nºs. 156-A/95, 514-A/97 e 613-A/98, sendo as duas primeiras de autoria do Deputado Federal Gonzaga Patriota, a terceira de autoria do Poder Executivo e a quarta de autoria da Deputada Federal Zulaiê Cobra.

Todas estas propostas pretendem introduzir “*modificações na estrutura do sistema de segurança pública*” e estão sendo examinadas por uma Comissão Especial da Câmara dos Deputados, destinada a proferir parecer, tendo como Relator o Deputado Federal Alberto Fraga, o qual assim as resumiu:

“As propostas em análise nesta comissão, trazem o seguinte teor:

1. PEC nº 151-A/95, de autoria do nobre **Deputado Gonzaga Patriota**, primeiro subscritor, um baluarte na defesa da segurança pública deste País, tem por objetivo permitir a ascensão funcional para os integrantes das carreiras de segurança pública, reservando cinquenta por cento das vagas para o público interno. Para este intuito propõe a alteração do inciso II do art. 37 e do §7º do art. 144. A proposição obteve parecer pela admissibilidade na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, com emenda que exclui a referência expressa à percentagem com que seria beneficiado o público interno.

2. PEC nº 156-A/95, de autoria do nobre **Deputado Gonzaga Patriota**, primeiro subscritor, tem por objetivo a transferência dos atuais policiais ferroviários federais da RFFSA e da CBTU, do Ministério dos Transportes para o Ministério da Justiça. A proposição obteve parecer pela admissibilidade na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação.

3. PEC nº 514-A/97, de autoria do **Poder Executivo**, encaminhada a esta Casa pela Mensagem nº 975/97, provocada pelas greves deflagradas em algumas polícias militares, e tendo como principais objetivos: (1) a desconstitucionalização de todos os órgãos de segurança pública, exceto a polícia federal, deixando aos Estados a faculdade de dispor sobre os seus órgãos; (2) a proibição da sindicalização, da greve e da atividade político-partidária dos

* Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Proteção ao Patrimônio Público - área criminal

servidores integrantes dos órgãos de segurança pública; (3) a autorização para que as guardas municipais exerçam as atividades de segurança pública e serviços de bombeiros; (4) a criação da guarda nacional, órgão temporário composto de unidades das polícias estaduais; (5) a extinção da justiça militar estadual. A proposição obteve parecer pela admissibilidade, com emendas, na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação.

4. PEC nº 613-A/98, de autoria da nobre Deputada **Zulaiê Cobra**, primeira subscritora, e resultante de seu relatório na Comissão Especial, que analisou todo o Sistema de Segurança Pública no País, mas não chegou a ser votado na Comissão, trazendo as seguintes propostas de reformulação no sistema policial nacional: (1) a unificação das polícias civis e militares, tornando-as instituições civis; (2) a desmilitarização dos corpos de bombeiros; (3) a nova redação para o art. 42 (que tratava dos servidores públicos, anteriormente à EC 18/98), introduzindo garantias e vedações: (2.1.) - “sic” - inamovibilidade; (2.2.) - “sic” - irredutibilidade de vencimentos; (2.3) - “sic” - vedação do exercício de outra profissão, salvo uma de magistério; (2.4.) - “sic” - proibição de greve e filiação político-partidária; (3) - “sic” - a manutenção das atuais competências da União e dos Estados; (4) - “sic” - o estabelecimento de competência das respectivas secretarias estaduais de segurança pública para o planejamento, a direção e a coordenação das ações de segurança pública estadual; (5) - “sic” - a faculdade de criação, pelos Estados, dos conselhos regionais de segurança pública; (6) - “sic” - a determinação para que os Estados instituíam, no mínimo, dois departamentos policiais, um ostensivo e outro judiciário-investigativo; (7) - “sic” - a criação da Secretaria Nacional de Segurança Pública, mantida pela União e responsável pela elaboração e atualização do Plano Nacional de Segurança Pública; (8) - “sic” - a criação da guarda nacional, mediante convênio entre a União e os Estados; (9) - “sic” - a autorização para que as guardas municipais realizarem - “sic” - ações complementares de polícia ostensiva, mediante convênio com o Estado; (10) - “sic” - a instituição do sistema de defesa civil; (11) - “sic” - o estabelecimento da autonomia dos corpos de bombeiros, sob regime jurídico civil, e fixa suas atribuições; (12) - “sic” - o estabelecimento de prazo para que a União e os Estados implantem o novo sistema; (13) - “sic” - a autorização para absorção dos policiais rodoviários e ferroviários pelas polícias federal ou estaduais; (14) - “sic” - a transformação das polícias militares nos departamentos de polícia ostensiva e das polícias civis nos departamentos de polícia judiciária; (15) - “sic” - a garantia de todos os direitos e vantagens dos atuais integrantes das instituições policiais, bem como dos respectivos inativos e pensionistas; (17) a previsão da instalação e funcionamento da academia de polícia unificada; (18) a extinção da justiça militar estadual, prevendo o aproveitamento dos juizes togados da justiça militar na justiça comum.”

A estas Propostas de Emendas Constitucionais foram apresentadas quatro emendas, respectivamente, pelos Deputados João Herrmann, Abelardo Lupion, José Dirceu e Aldir Cabral.

Do resultado apresentado pelo Relator, observa-se que, dentre as inúmeras modificações propostas em diversos dispositivos constitucionais, interessa ao presente estudo aquelas alterações que criam o chamado Juizado de Instrução Criminal, um Colegiado para exercer o controle da atividade policial e os ora chamados “Juizes temporários”, bem como aquela que outorga à Polícia a exclusividade investigatória na seara criminal, as quais vêm assim redigidas:

“(...)

Art. 16. O inciso X, do artigo 24, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘X- criação, funcionamento e processo do juizado especial e do juizado de instrução criminal.’

(...)

Art. 23. Acrescente-se ao artigo 98, o seguinte inciso III:

‘III - juizados de instrução, na justiça federal e na justiça estadual, para, sob a presidência de um juiz togado e com a assistência do Ministério Público e das polícias, proceder à instrução do julgamento das infrações penais de maior potencial ofensivo ou contra o patrimônio público, conforme especificar a lei.’

(...)

Art. 28. Os incisos VII e VIII, do artigo 129, passam a vigorar com as seguintes redações:

‘VII - integrar o conselho de controle externo da atividade policial;’

‘VIII - requisitar diligências investigatórias à polícia, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;’

(...)

Art. 31. Acrescentem-se ao texto constitucional os seguintes artigos 135-A, 135-B, 135-C, 135-D e 135-E:

(...)

‘Art. 135-B. São funções institucionais e exclusivas das Polícias:

I - a apuração de infrações penais, exceto as de competência do juizado de instrução;

(...)

§ 5º. O controle externo da atividade policial será realizado por órgão colegiado constituído por integrantes do último nível da carreira de Polícia, do Ministério Público, da Magistratura, da Ordem dos Advogados do Brasil e da Sociedade Civil, na forma estabelecida em lei complementar, que fixará sua competência e funcionamento.’

(...)

§16. Compete à respectiva instituição policial, a apuração dos crimes praticados pelos seus integrantes, podendo ser acompanhado pelo órgão de controle externo.’

(...)

Art. 38. Acrescentem-se os seguintes artigos 76, 77, 78, 79, 81, 82, 83, 84 e 85 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (“sic”):

(...)

‘Art. 80. Os membros do nível dirigente da carreira de polícia ostensiva e investigativa, com formação em Ciências Jurídicas e Sociais, poderão exercer as funções de juizes temporários, no juizado de instrução ou no juizado especial, em que haja acúmulo de processo ou insuficiência de magistrados.’

O que se observa das propostas acima transcritas é que se pretende inserir o juizado de instrução no sistema processual penal brasileiro. A idéia não é nova, já tendo sido adotada no Anteprojeto de Código de Processo Penal Brasileiro, elaborado em 1936, pela Comissão

integrada por Bento de Faria, Plínio Casado e Gama Cerqueira¹, o qual acabou não sendo encampado na reforma realizada em 1941, pelo Ministro Fernando Campos, que manteve o inquérito policial e a sistemática vigente ainda hoje.

A primeira questão a ser enfrentada na análise da Proposta de Emenda Constitucional reside em se saber qual é o sistema processual penal brasileiro e qual o modelo de juizado de instrução que se pretende implantar, na medida que a Proposta de Emenda não é clara neste aspecto, remetendo à lei ordinária tal tarefa.

O sistema processual penal brasileiro, apesar das ponderações da maioria da doutrina que chega a afirmar ser ele acusatório e, não obstante ter ganho nova roupagem acusatória com a Constituição da República de 1988., ainda possui forte influência inquisitória, haja vista ser calcado num procedimento inquisitório, ser o interrogatório ato exclusivo do Juiz, não poderem as partes sequer indagar diretamente das testemunhas, devendo sempre fazê-lo através do Juiz, tendo este amplo poder de produzir a prova, imiscuindo-se rotineiramente nesta atividade de partes, o que, seguramente, revela fortes traços do sistema inquisitório.

Neste aspecto, uma das principais inovações acusatórias trazidas pela nova ordem constitucional, foi justamente a impossibilidade do Delegado de Polícia e do Juiz de Direito iniciarem a ação penal, outorgando a exclusividade do exercício da ação penal pública ao Ministério Público, que passou a ser o *dominus litis*.

Portanto, o que se depreende da análise da Constituição da República de 1988 é que se procurou amenizar o caráter inquisitório do sistema processual penal, aproximando-o daquele acusatório. Esta é a tendência mundial, notadamente nos países mais desenvolvidos.

Não obstante, a Proposta de Emenda Constitucional em tela, se aprovada da forma como se encontra, provocará retrocesso significativo neste campo, na medida que traz novamente o Juiz para a função investigatória, da qual o constituinte de 1988 procurou afastar.

Portanto, inverte-se o vetor que apontava para o sistema acusatório, redirecionando-o, ainda mais, para o inquisitorialismo processual.

Porém, como dito, a Proposta de Emenda Constitucional não é clara. Chega até a ser contraditória, pois, na mesma medida que institui, com todas as letras, o “Juizado de Instrução Criminal” - e esta expressão sempre significou a existência da figura do Juiz investigador - outorga a exclusividade de investigação à Polícia.

Cria, ainda, a categoria das “*infrações penais de maior potencial ofensivo*”, dizendo que nestes casos e também naqueles contra o patrimônio público (como se os crimes contra o patrimônio público pudessem não ser classificados como de maior potencial ofensivo), é que atuaria o Juizado de Instrução.

Mais uma vez se pretende catalogar e rotular as infrações penais, o que é perigoso, normalmente equivocado e tem colaborado para distorções legislativas, a exemplo do que ocorre com a chamada “Lei dos Crimes Hediondos”.

Não se pode esquecer que a Constituição da República já fala em “*infrações penais de menor potencial ofensivo*”, definidas pela Lei nº 9099/95 como aquelas cujo apenamento

1. Segundo informa ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Anotado*, volume 1, 1ª ed. atualizada por José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti, Campinas: Bookseller, 2000, página 284.

máximo previsto em abstrato na lei é igual ou inferior a um ano. Deste conceito pode-se extrair que as demais infrações que não tem o rótulo de “menor potencial ofensivo”, são, por exclusão, as “infrações penais de **maior** potencial ofensivo”. Ou será que teríamos que criar outras categorias, como, por exemplo, as “infrações penais de **mediano** potencial ofensivo” ou, ainda, as “infrações penais de **normal** potencial ofensivo”?

Assim, ao estabelecer a necessidade de que o Juiz de instrução atue nos casos onde tiver ocorrido “infração penal de maior potencial ofensivo” e, considerando que a própria Constituição já define que quando a infração penal for de “menor potencial ofensivo”, o caso será julgado pelo Juizado Especial Criminal, somente restariam, para serem investigados pela Polícia, aqueles casos de menor potencial ofensivo onde, pelas condições pessoais do suposto autor do fato, não ficassem preenchidas as demais condições impostas pela Lei nº 9099/95. Ou seja, muito pouco para justificar uma polícia com exclusividade investigatória.

Isto sem considerar que a Proposta acaba esquecendo que no Brasil (como de resto no mundo todo) existe uma instituição, chamada Ministério Público, que hoje possui sua razão de ser exatamente na necessidade de afastar-se a figura do Juiz da investigação, e que é parte na relação processual, tendo o ônus de provar o que alega em juízo. Assim, todo o trabalho investigatório somente se presta para, reconstituindo o fato pretérito, possibilitar ao Ministério Público saber se é o caso, ou não, de promover a ação penal.

Ademais, é notório que os Juizados de Instrução na Europa continental vêm sendo abolidos das legislações processuais penais, justamente porque sua existência dificulta a adoção de um sistema mais voltado para o acusatório.

A esse respeito, escreveu o Advogado Aury LOPES JUNIOR²:

“A instrução preliminar a cargo do MP tem sido adotada nos países europeus como um substituto ao modelo de instrução judicial anteriormente analisado. Neste sentido, a reforma alemã de 1974 suprimiu a figura do juiz instrutor para dar lugar ao promotor investigador. A partir de então, outros países, com maior ou menor intensidade, foram realizando modificações legislativas nessa mesma direção, como sucedeu, v.g., na Itália (1988) e em Portugal (1995).

Na Espanha, a Lei Orgânica (LO) 7/88 que instituiu o procedimento abreviado deu os primeiros passos nessa direção, ao outorgar ao fiscal maiores poderes na instrução preliminar:

(...)

Em definitivo, o sistema de investigação preliminar judicial encerra graves problemas (como apontamos anteriormente) e está tão superado quanto o inquérito policial. Por isso, o modelo de juiz instrutor não era (em 1941) e continua não sendo uma boa opção para o Brasil.

A figura do juiz de instrução é histórica e vem sendo paulatinamente substituída por estar completamente superada. Na síntese de Maciá Gómez, la figura clásica y napoleónica del Juez de Instrucción, como dueño y señor de la investigación y de las medidas cautelares, está en franca decadencia, y ya se há

2. LOPES JR., Aury. Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, páginas 77 e 245.

abandonado en la mayoría de los sistemas penales, ello es fruto directo del rechazo al sistema inquisitivo...

Afastado os sistemas policial e judicial, parece-nos que a melhor alternativa vem dada pela investigação preliminar a cargo do Ministério Público."

Portanto, o que se pretende instituir no Brasil é o falido sistema do Juizado de Instrução, que, como visto, vem sendo abandonado pelos países que o adotam.

Cabe, ainda, registrar que o Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional, aprovado em 17 de julho de 1998, pelas Nações Unidas, assinado pelo governo brasileiro em 07 de fevereiro de 2000, mas ainda não ratificado pelo Congresso Nacional, traz diversos dispositivos que outorgam ao Ministério Público a condição de órgão investigador e acusador, a exemplo dos artigos 15, 42, 53, 54 e 56. É, portanto, o modelo internacional adotado e assinado por mais de sessenta países.

No mesmo sentido disciplina o Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América, apresentado às XI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual, na cidade do Rio de Janeiro, em 1988. Este, segundo informa Ada Pellegrini GRINOVER³, inspirou-se no Código de Processo Penal da Alemanha, "*sem descuidar as tendências evolutivas do processo penal espanhol, português, italiano e francês*". A respeito, escreveu GRINOVER:

"4.3. O sistema acusatório sem juizados de instrução.

Trata-se do sistema idealmente melhor, adotado na Alemanha, em Portugal e na Itália e que vai se disseminando pela América Latina, graças ao Código Modelo.

(...)

O processo é precedido por uma fase investigativa prévia, de natureza administrativa, conduzida pelo Ministério Público com a colaboração da polícia judiciária, destinada exclusivamente à formação do convencimento do Ministério Público sobre o oferecimento, ou não, de sua acusação, sendo que os elementos informativos nela colhidos não poderão, de forma alguma, ser aproveitados no processo nem servir para a formação do convencimento do juiz ou tribunal do mérito."

Assim, resta claro que a adoção do Juizado de Instrução no Brasil, além de causar espanto à comunidade jurídica mundial, representará significativo retrocesso, fazendo com que o País caminhe, mais uma vez, na contramão da modernidade.

Assim, tanto a proposta de inserção do Juizado de Instrução Criminal, quando a pretendida outorga de exclusividade de investigação às Polícias, estão em descompasso com a melhor legislação processual mundial. Como se sabe a Alemanha, França, Portugal e Itália, que sempre nos serviram de exemplo para alterações legislativas neste campo, estão reformando - ou já reformaram recentemente - suas legislações para possibilitar seja a investigação conduzida exatamente pelo Ministério Público e não pela Polícia, ainda mais com atuação exclusiva desta, como pretendido.

Outro aspecto destacado do relatório apresentado pelo Deputado Alberto Fraga, visando

3. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Influência do Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América na Legislação Latino-Americana. Convergências e Dissonâncias com os sistemas Italiano e Brasileiro*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, n° 01, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, páginas 41 a 63; e também GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Instrução Processual Penal em Ibero-América*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, n° 06, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, páginas 72 a 86.

justificar a adoção do Juizado de Instrução é o seguinte:

“(...) Ao mesmo tempo dá-se validade para os atos apuratórios policiais, que passam de mero procedimento de informação para atos com plena validade, na figura do juizado de instrução, evitando-se que procedimentos já realizados na fase investigatória sejam repetidos durante o processo judicial e sirvam de meios protelatórios da decisão judicial e de desvalorização da polícia.

(...)

Acrescenta-se inciso no art. 98, criando o juizado de instrução, de maneira que a instrução do processo será ato judicial, evitando-se a prescrição e inúmeras medidas de invalidade de atos e perda da prova, dando a certeza da punibilidade dos autores de delitos.”

Desta justificativa para adoção do Juizado de Instrução, observa-se que a preocupação do Relator é com a supressão da duplicidade de instrução (uma pré-processual e outra processual) e com a não ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado.

No entanto, a idéia não deve prosperar, pois mesmo os países que adotam o Juizado de Instrução, não prescindem de uma investigação preliminar, ou seja, de uma instrução preliminar.

Esta justificativa também vai de encontro com o Projeto de Lei recentemente apresentado pelo Poder Executivo, para reforma pontual do Código de Processo Penal, onde se verifica a manutenção do atual sistema, apenas que reformulando, simplificando, desburocratizando, enfim, retirando o formalismo da investigação levada a cabo atualmente nos inquéritos policiais.

Esta sim, uma boa proposta, pois que, como dito, na medida que acabar com a fase preliminar de investigação é impossível - caso contrário teríamos ações penais temerárias, o que é mais prejudicial ainda aos cidadãos e aos direitos humanos - o que se deve fazer, isto sim, é simplificá-la e desburocratizá-la, possibilitando uma participação mais efetiva do Ministério Público na colheita da prova.

Ademais, não possui nenhuma lógica outorgar-se uma investigação preliminar a um Juiz togado, para que, depois, o Ministério Público, que não teria participado da investigação, decida se irá processar ou não o suposto autor do fato em tela. A esse respeito, mais uma vez são oportunas as considerações de Aury LOPES JUNIOR⁴:

“A investigação preliminar está - basicamente - dirigida a decidir sobre o processo ou o não-processo. Por isso, deve ser uma atividade administrativa a cargo do titular da ação penal. Ninguém melhor do que o promotor para preparar o exercício da futura acusação. É uma incongruência lógica que o juiz investigue para o promotor acusar.

Se o MP é o titular constitucional da ação penal pública - atividade fim - , obviamente deve ter ao seu alcance os meios necessários para lograr com mais efetividade esse fim, de modo que a investigação preliminar, como atividade instrumental e de meio, deverá estar ao seu mando.”

O que vem sendo adotado pelos países europeus continentais é a figura do **Juiz Garante**,

4. LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, página 246.

que não investiga nem julga, mas decide sobre as questões incidentais suscitadas no curso da investigação, possibilitando a adoção de medidas investigativas que exijam a participação do Judiciário (a exemplo de escutas telefônicas, quebras de sigilo bancário e fiscal e prisões preventivas) e decidindo, até mesmo, sobre o limite e legalidade de atuação do Ministério Público, assegurando, ou melhor, garantindo, como o próprio nome informa, a preservação dos direitos do investigado.

Já quanto a preocupação com a não ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, a reforma não precisa ser constitucional. Basta alterar os artigos 109 e 110, §2º, do Código Penal, para aumentar os lapsos prescricionais, ou acrescentar outras causas interruptivas e inserir um dispositivo que impeça a adoção da chamada prescrição retroativa, esta sim representativa de elevado índice de absolvição e crescente fator de impunidade neste País, como bem alerta Fábio André GUARAGNI⁵:

“A prescrição retroativa colide com os fundamentos da prescrição penal, pois incide justamente no momento em que o Estado reforça seu jus puniendi através da obtenção da sentença penal condenatória.

(...)

A prescrição retroativa, prevista no art. 110, §2º, CP, comporta argüição de inconstitucionalidade, por ofender o devido processo legal, ao violar: a) a utilidade do prazo em que confiara o Estado-acusador; ao dele se servir; b) a certeza do prazo, pois implica na redefinição do mesmo tomando-se por base evento futuro e incerto, qual seja, a prolação da sentença condenatória com pena inferior ao máximo cominado; c) irredutibilidade do prazo, quando aplicada pena cujo montante, incidindo na tábua do art. 109, CP, implica em deslocamento da faixa prescricional primitiva para uma previdente de tempo inferior.

(...)

A prescrição retroativa prevista no art. 110, §2º, CP, desequilibra o sistema destinado a reger a prescrição penal no CP e implica em fator de fomento da impunidade, não podendo ser sustentada como instituto afinado com um direito penal de garantias ao indivíduo.”

Portanto, a justificativa para adoção do chamado Juizado de Instrução não se coaduna com a realidade mundial, não servindo de amparo ao pretendido. De qualquer sorte, como visto, a adoção do Juizado de Instrução, ao revés de representar avanço, como sugerido no aludido relatório, significará um retrocesso legislativo.

Outra descabida proposição reside na possibilidade dos “*membros do nível dirigente da carreira de polícia ostensiva e investigativa, com formação em Ciências Jurídicas e Sociais*”, poderem exercer as funções de “*juizes temporários*”, no Juizado de Instrução ou no Juizado Especial Criminal, onde se verifique acúmulo de processos ou insuficiência de magistrados.

Com a devida vênia, o despropósito é total! O artigo que se propõe inserir na Constituição da República é recheado de impropriedades. A iniciar pela definição “*membros do nível dirigente da carreira de polícia ostensiva e investigativa, com formação em Ciências Jurídicas e Sociais*”. Quem seriam estes “*membros*”? Seriam os Delegados de Polícia? Ou somente os Delegados-

5. GUARAGNI, Fábio André. *Prescrição Penal e Impunidade*. Curitiba: Juruá, 2000, páginas 150 e seguintes.

Gerais? Talvez os Secretários de Segurança Pública? Todos eles? As interpretações que uma colocação desta natureza pode gerar, como visto, são várias.

Mas a mais estapafúrdia das idéias é disciplinar que estes “*membros*” transformar-se-ão em “*Juizes temporários*”. E o que são “*Juizes temporários*”? Seriam os Juizes de exceção? Qual o tempo de duração de suas jurisdições? Um mês, dois anos, sete dias? A perda da jurisdição seria automática? Depois do lapso temporal em que tiveram jurisdição o que deles seria feito? Retornariam aos cargos de “*direção da carreira de polícia ostensiva e investigativa*”?

Enfim, não é crível que se possa, “num passe de mágica legislativa”, transformar Delegados de Polícia em Juizes de Direito, ainda mais com a alcunha de temporários. Com o perdão da colocação, a idéia chega a beirar o absurdo.

Ademais, a própria Constituição da República de 1988 disciplina, em seu artigo 93, I, que o ingresso na carreira da Magistratura dar-se-á por concurso público de provas e títulos, com a única exceção prevista no artigo 94, da mesma Constituição, que trata do chamado quinto constitucional.

Enfim, se existem poucos Juizes no Brasil - e parece ser esta a preocupação da Proposta - a solução, com toda segurança, não passa por tal proposição.

Quanto à criação de colegiado para exercer o controle externo da atividade policial, o assunto também já foi abordado noutra Proposta de Emenda Constitucional, de nº 281, de 1995, de autoria do Deputado Federal Eurípedes Miranda, que pretende suprimir o inciso VII, do art. 129, da Constituição da República, e incluir o parágrafo nono, no artigo 144 da mesma Carta Magna, com a seguinte redação:

“Art. 144. (...)

§9º. *O controle externo da atividade policial será exercido por um Colegiado composto por integrantes do Ministério Público, da Polícia e da Ordem dos Advogados do Brasil, na forma da lei.*”

O citado inciso VII, do art. 129, trata, exatamente, da função institucional do Ministério Público, referente ao exercício do controle externo da atividade policial.

Já o artigo 144, da Constituição da República, diz respeito ao Capítulo da Segurança Pública. Como visto, a Proposta de Emenda Constitucional visa inserir mais um parágrafo neste artigo - o nono -, explicitando que o controle externo da atividade policial será exercido por um colegiado composto por integrantes do Ministério Público, da Polícia e da Ordem dos Advogados do Brasil, na forma da lei.

A justificativa desta mudança, segundo se extrai da própria Proposta de Emenda Constitucional, resume-se no fato de que a criminalidade está crescendo, o quanto demonstraria que o controle externo da atividade policial, da forma como se encontra hoje, não atenderia aos anseios da coletividade, mas sim, somente ao corporativismo do Ministério Público (*sic*). Diz a Justificativa, *verbis*:

“*A crescente elevação dos índices de criminalidade está a demonstrar, entre outros fatores, que o inusitado controle externo da atividade policial, conforme insculpido na Carta Política de 1988, não atende aos interesses maiores da coletividade, mas, sim, no equivocado corporativismo que ali o fez inserir.*”

(...)

Por isso, o controle externo da atividade policial não deve e nem pode estar exdrúxula e perigosamente hermético, encerrado nas mãos dos membros de uma única instituição com amplos poderes e sem nenhum controle de suas atividades, inviabilizando o perfeito desempenho das ações investigatórias na área criminal.

Em verdade, o controle externo da atividade policial deve abrir-se à sociedade, ao cidadão, destinatário maior do labor desenvolvido pelas instituições policiais pátrias, razão pela qual esperamos contar com o apoio de nossos ilustres Pares na aprovação da presente emenda.”

Em 03 de junho de 1997 a Proposta foi apensada àquela de nº 59/95, que cria o Conselho Nacional do Ministério Público, e encontra-se, desde 21 de maio de 1999, na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, para análise, tendo a relatoria sido redistribuída ao Deputado Federal Luiz Antonio Fleury.

Como se sabe, a função de investigação criminal, liga, indissociavelmente, duas instituições: a Polícia (seja civil, seja militar), e o Ministério Público, pois toda atividade da primeira destina-se à segunda. Ou seja, a atividade policial é voltada para que o Ministério Público tenha condições de exercer a ação penal pública. Logo, nada mais óbvio que o Ministério Público - advogado da sociedade - possa exercer a fiscalização da atividade policial, evitando que a colheita da prova seja deficitária, ou pior, que seja tendenciosa ou obtida por meios ilícitos.

Ao criar-se um colegiado para desempenhar tal atividade fiscalizatória, nos moldes pretendidos pela Proposta de Emenda Constitucional, estar-se-ia dificultando o andamento de investigações e tolhendo do Ministério Público o pleno exercício da ação penal pública, pois que esta decisão - de iniciar, ou não, uma ação penal - restaria sujeita à intervenção de órgãos estranhos à iniciativa ministerial, como a Ordem dos Advogados do Brasil e a própria Polícia.

De qualquer sorte, imputar ao Ministério Público a culpa pelo crescimento da criminalidade, como pretende o Deputado promovedor da Proposta de Emenda, é absurdo que só encontra amparo no desconhecimento e na posição tendenciosa demonstrada no texto de justificativa da citada Proposta de Emenda, supra transcrito.

De fato, os termos usados na justificativa em tela, tais como: “*equivocado corporativismo que ali o fez inserir*”, referindo-se ao Ministério Público, ou: “*o controle externo da atividade policial não deve e nem pode estar exdrúxula e perigosamente hermético, encerrado nas mãos de membros de uma única instituição com amplos poderes e sem nenhum controle de suas atividades, inviabilizando o perfeito desempenho das ações investigatórias na área criminal*”, como a dizer que as ações investigatórias na área criminal somente serão perfeitas sem o controle do Ministério Público, revelam desconhecimento do tema e da atividade do Ministério Público.

E a razão é simples: o colegiado criaria verdadeiro óbice à efetiva fiscalização da atividade investigatória, que exige imediatismo, prontidão, rapidez e eficiência, o que, num órgão complexo e colegiado, como se pretende, é inviável. Como é notório, toda atividade que exija reunião de pessoas para decidir alguma coisa, será necessariamente mais complexa, mais difícil, não corriqueira e demandará tempo e dinheiro.

Além disso, o Ministério Público não se constitui numa Instituição não fiscalizada, pois toda atividade ministerial é submetida a apreciação e controle judicial. Seus Procuradores-Gerais são levados aos cargos por decisões do Poder Executivo em consonância com o Poder Legislativo de cada Estado da Federação, os quais, inclusive, podem destituí-los dos cargos, controlando, portanto, suas atividades. Eventuais abusos e omissões de membros do Ministério Público também podem ser questionados seja judicialmente, seja a nível administrativo, via Corregedoria.

“*Esdrixula e perigosa*” para a sociedade será, isto sim, a atividade policial isolada e não fiscalizada de forma efetiva e direta pelo Ministério Público.

Portanto, não se pode concordar com tal proposta legislativa, que ao revés do que aponta em sua justificativa, somente virá auxiliar no crescimento da atividade criminosa de parcela da própria Polícia, conforme evidenciado diariamente no noticiário nacional.

Não obstante, o que se poderia criar é um Conselho Nacional da Polícia, a exemplo do que se pretende com o Poder Judiciário e com o Ministério Público, que atuaria de forma a corrigir administrativamente os desvios da polícia, sem que isso tolhesse do Ministério Público o exercício do controle externo da atividade policial, que, como visto, é atividade a ser exercida cotidianamente, em cada uma das milhares de investigações de infrações penais, e, portanto, está intimamente relacionada com as funções outorgadas ao Ministério Público na esfera criminal.

Conclusões

1.As Propostas de Emenda Constitucional n.ºs. 156-A/95, 514-A/97 e 613-A/98, hoje tramitando no Congresso Nacional, se aprovadas com as redações atuais, provocarão significativo retrocesso legislativo processual penal.

2.A criação do chamado “Juizado de Instrução Criminal”, nos moldes pretendidos nas referidas Propostas de Emenda Constitucional, deve ser descartada, pois, além de ser um sistema notoriamente falido nos países europeus continentais que o adotaram - e ora o estão modificando -, significa voltar nosso sistema processual penal ainda mais para aquele inquisitório, o que não é desejado em nenhuma sociedade preocupada em assegurar os direitos e garantias individuais dos cidadãos.

3.Pretender outorgar a atividade investigatória criminal exclusivamente à Polícia, alijando o Ministério Público desta seara não pode prosperar, sob pena de, mais uma vez, o Brasil caminhar na contramão da história. O Ministério Público deve, ao revés, ser o condutor da investigação, a ser realizada com o auxílio da polícia, a exemplo do que ocorre nos países que sempre nos serviram de modelo, como a Itália, Alemanha, França e Portugal.

4.A idéia inserida nas mesmas Propostas de Emenda Constitucional referidas, de transformar os “*membros do nível dirigente da carreira de polícia ostensiva e investigativa, com formação em Ciências Jurídicas e Sociais*” em “Juizes temporários” é absurdo que deve ser sumariamente descartado.

5. A pretensão de criar órgão colegiado para exercer o controle externo da atividade

policial, constante das Propostas de Emenda Constitucional acima identificadas, e também na Proposta de Emenda Constitucional nº 281/95, igualmente tramitando no Congresso Nacional, não merece prosperar, pois um colegiado para exercer tal função representaria um óbice significativo ao efetivo controle que deve se dar rotineiramente nos milhares de inquéritos policiais em andamento no País e, extraordinariamente, nos casos de abuso de poder especificamente verificados. O controle externo da atividade policial se presta, também, à obter melhor colheita da prova, o que, através de órgão colegiado centralizado, torna impraticável tal atividade.

TESE 11

NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA FASE DE INVESTIGAÇÃO CIVIL OU CRIMINAL

Nilson de Oliveira Rodrigues Filho
Promotor de Justiça - RS

SÍNTESE DA TESE: Alteração constitucional e legislativa. Inclusão de novas atribuições na Constituição Federal e na Lei Orgânica visando dar maior efetividade à atuação do Ministério Público quando da investigação civil ou criminal, tais como a expedição de mandados de busca e quebra do sigilo fiscal, patrimonial, telefônico, de correspondência, etc.

FUNDAMENTAÇÃO DA TESE: Embora tenham a Constituição Federal de 1988 e a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público atribuído em série de novas atribuições à Instituição, considerando-se a experiência já acumulada nestes mais de dez anos, urge que se busque dotar o Ministério Público de novas e arrojadas atribuições para melhor efetividade de suas atividades, buscando-se tutelar os superiores interesses da sociedade de uma forma mais eficaz.

Com efeito, é no combate à criminalidade organizada (expressão que aqui também englobada a criminalidade ocorrente na administração da coisa pública – crime e improbidade administrativa) que deve o Ministério Público, como instituição que detém (ainda) grande credibilidade junto à opinião pública e imprensa, dar mostras de necessidade social da sua atuação. Para tanto, o incremento de suas atribuições tem se mostrado absolutamente necessário.

A “Operação Mãos Limpas” levada a cabo pelo Ministério Público Italiano (Magistratura postulante) é um bom exemplo dos frutos colhidos quando o Ministério Público recebe condições de desenvolver um bom trabalho de investigação.

Em razão disto tudo, sugere-se como alteração legislativa ser proposta que o inciso I do artigo 129 da CF tenha a seguinte alteração:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei, e para instruí-la, instaurar expediente investigatório, no qual terá poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos em lei.

Já o artigo 26 da Lei Orgânica Nacional (Lei 8.625/93), ficaria com a seguinte redação:

Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I – instaurar expedientes de investigação civil e criminal e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

a) omissis;

b) omissis;

c) omissis;

d) expedir mandados de busca e apreensão;

e) decretar a quebra do sigilo fiscal, bancário, patrimonial, telefônico, de correspondência e de qualquer meio manual ou eletrônico de armazenamento de dados e informações;

f) decretar a prisão temporária na forma da lei.

Estas sugestões de alteração constitucional e legislativa, embora possam receber argumentos contrários, inclusive com alegações de inconstitucionalidade (com os quais, desde já, não concordo), teriam muito boa aceitação perante a opinião pública e da mídia, devendo ser aproveitado o momento em que o Ministério Público vem recebendo manifestações de ser a instituição mais valorizada pela sua vertical atuação na defesa dos interesses da sociedade.

Para desde já afastar-se os argumentos de eventual inconstitucionalidade, necessário se diga, o Pretório Excelso vem decidindo modo iterativo ser possível que as Comissões Parlamentares de Inquéritos têm poder para decretar a quebra do sigilo fiscal, bancário e telefônico, isto em virtude do artigo 58, § 3º, da Constituição da República.

O referido dispositivo serviu de base para a redação que sugiro possa ser dada ao artigo 129 através de emenda constitucional.

Vejamos alguns precedentes da Suprema Corte:

“CPI - QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO, TELEFÔNICO E FISCAL - FUNDAMENTAÇÃO. Para ter-se fundamentada a decisão de quebra dos sigilos, considera-se o teor do requerimento, bem como o que exposto, no momento da submissão a voto, aos integrantes da **Comissão Parlamentar de Inquérito**, descabendo exigir que o ato conte com a mesma estrutura, com relatório, fundamentação e parte dispositiva, de uma decisão judicial.”¹

“COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - QUEBRA DE SIGILO ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA - ATO PRATICADO EM SUBSTITUIÇÃO A ANTERIOR QUEBRA DE SIGILO QUE HAVIA SIDO DECRETADA SEM QUALQUER FUNDAMENTAÇÃO - POSSIBILIDADE - EXISTÊNCIA SIMULTÂNEA DE PROCEDIMENTOS PENAIIS EM CURSO, INSTAURADOS CONTRA O IMPETRANTE - CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO IMPEDE A INSTAURAÇÃO DA PERTINENTE INVESTIGAÇÃO PARLAMENTAR SOBRE FATOS CONEXOS AOS EVENTOS DELITUOSOS - REFERÊNCIA À SUPOSTA ATUAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO ESTADO DO ACRE, QUE SERIAM RESPONSÁVEIS PELA PRÁTICA DE ATOS CARACTERIZADORES DE UMA TEMÍVEL MACRODELINQUÊNCIA

(TRÁFICO DE ENTORPECENTES, LAVAGEM DE DINHEIRO, FRAUDE, CORRUPÇÃO, ELIMINAÇÃO FÍSICA DE PESSOAS, ROUBO DE AUTOMÓVEIS, CAMINHÕES E CARGAS) - ALEGAÇÃO DO IMPETRANTE DE QUE INEXISTIRIA CONEXÃO ENTRE OS ILÍCITOS PENAIS E O OBJETO PRINCIPAL DA INVESTIGAÇÃO PARLAMENTAR – AFIRMAÇÃO DESPROVIDA DE LIQUIDEZ - MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO. A QUEBRA FUNDAMENTADA DO SIGILO INCLUI-SE NA ESFERA DE COMPETÊNCIA INVESTIGATÓRIA DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO. - A quebra do sigilo fiscal, bancário e telefônico de qualquer pessoa sujeita a investigação legislativa pode ser legitimamente decretada pela **Comissão Parlamentar de Inquérito**, desde que esse órgão estatal o faça mediante deliberação adequadamente fundamentada e na qual indique, com apoio em base empírica idônea, a necessidade objetiva da adoção dessa medida extraordinária. Precedente: MS 23.452-RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO

(Pleno). PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE JURISDIÇÃO E **QUEBRA DE SIGILO POR DETERMINAÇÃO DA CPI**. - O princípio constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre as hipóteses de busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), de interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e de decretação da prisão, ressalvada a situação de flagrância penal (CF, art. 5º, LXI) - não se estende ao tema da **quebra de sigilo**, pois, em tal matéria, e por efeito de expressa autorização dada pela própria Constituição da República (CF, art. 58, § 3º), assiste competência à **Comissão Parlamentar de Inquérito**, para decretar, sempre em ato necessariamente motivado, a excepcional ruptura dessa esfera de privacidade das pessoas. AUTONOMIA DA INVESTIGAÇÃO PARLAMENTAR. - O inquérito parlamentar, realizado por qualquer CPI, qualifica-se como procedimento jurídico-constitucional revestido de autonomia e dotado de finalidade própria, circunstância esta que permite à Comissão legislativa - sempre respeitados os limites inerentes à competência material do Poder Legislativo e observados os fatos determinados que ditaram a sua constituição - promover a pertinente investigação, ainda que os atos investigatórios possam incidir, eventualmente, sobre aspectos referentes a acontecimentos sujeitos a inquéritos policiais ou a processos judiciais que guardem conexão com o evento principal objeto da apuração congressual. Doutrina. Precedente: MS 23.639-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Pleno). O PROCESSO MANDAMENTAL NÃO COMPORTA DILAÇÃO PROBATÓRIA. - O processo de mandado de segurança qualifica-se como processo documental, em cujo âmbito não se admite dilação probatória, pois a liquidez dos fatos, para evidenciar-se de maneira incontestável, exige prova pré-constituída, circunstância essa que afasta a discussão de matéria fática fundada em simples conjecturas ou em meras suposições ou inferências.”²

“**Quebra de sigilos** fiscal, bancário e telefônico por deliberação sucinta mas suficientemente fundamentada de **Comissão Parlamentar de Inquérito** no uso dos poderes de investigação, próprio das autoridades judiciais, que lhe confere o art. 58, § 3º, da Constituição. Mandado de segurança indeferido.”³

“**COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - QUEBRA DE SIGILO ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA - VALIDADE - EXISTÊNCIA SIMULTÂNEA DE PROCEDIMENTO PENAL EM CURSO PERANTE O PODER JUDICIÁRIO LOCAL -**

2. STF – MS-23652 – DF – Rel. Min. Celso de Mello – j 16.02.01.

3. STF – MS-23556 – DF – Rel. Min. Octavio Gallotti – j 07.12.00.

CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO IMPEDE A INSTAURAÇÃO, SOBRE FATOS CONEXOS AO EVENTO DELITUOSO, DA PERTINENTE INVESTIGAÇÃO PARLAMENTAR – MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO. A QUEBRA FUNDAMENTADA DO SIGILO INCLUI-SE NA ESFERA DE COMPETÊNCIA INVESTIGATÓRIA DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO. - A quebra do sigilo fiscal, bancário e telefônico de qualquer pessoa sujeita a investigação legislativa pode ser legitimamente decretada pela **Comissão Parlamentar de Inquérito**, desde que esse órgão estatal o faça mediante deliberação adequadamente fundamentada e na qual indique a necessidade objetiva da adoção dessa medida extraordinária. Precedente: MS 23.452-RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Pleno). PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE JURISDIÇÃO E **QUEBRA DE SIGILO POR DETERMINAÇÃO DA CPI**. - O princípio constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre as hipóteses de busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), de interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e de decretação da prisão, ressalvada a situação de flagrância penal (CF, art. 5º, LXI) - não se estende ao tema da **quebra de sigilo**, pois, em tal matéria, e por efeito de expressa autorização dada pela própria Constituição da República (CF, art. 58, § 3º), assiste competência à **Comissão Parlamentar de Inquérito**, para decretar, sempre em ato necessariamente motivado, a excepcional ruptura dessa esfera de privacidade das pessoas. AUTONOMIA DA INVESTIGAÇÃO PARLAMENTAR. - O inquérito parlamentar, realizado por qualquer CPI, qualifica-se como procedimento jurídico-constitucional revestido de autonomia e dotado de finalidade própria, circunstância esta que permite à Comissão legislativa - sempre respeitados os limites inerentes à competência material do Poder Legislativo e observados os fatos determinados que ditaram a sua constituição - promover a pertinente investigação, ainda que os atos investigatórios possam incidir, eventualmente, sobre aspectos referentes a acontecimentos sujeitos a inquéritos policiais ou a processos judiciais que guardem conexão com o evento principal objeto da apuração congressional. Doutrina.”⁴

“CPI - **QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO, TELEFÔNICO E FISCAL - FUNDAMENTAÇÃO**. Para ter-se fundamentada a decisão de quebra dos sigilos, considera-se o teor do requerimento, bem como o que exposto, no momento da submissão a voto, aos integrantes da **Comissão Parlamentar de Inquérito**, descabendo exigir que o ato conte com a mesma estrutura, com relatório, fundamentação e parte dispositiva, de uma decisão judicial.”⁵

CONCLUSÃO: Para que o Ministério Público continue cumprindo com sua missão constitucional, necessário se faz dotá-lo de novas atribuições, atribuindo-lhe a possibilidade de decretar prisões temporárias, expedir mandados de busca e apreensão e quebrar sigilos de qualquer espécie, a exemplo do que faz o Ministério Público Italiano.

4. STF – MS-23662 – DF – Rel. Min. Celso de Mello – j 16.02.01.

5. STF – MS-23716 – AM – Rel. Min. Marco Aurélio.

TESE 12

MINISTÉRIO PÚBLICO A LEGITIMIDADE PARA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Alexandre Augusto Bezerra

Promotor de Justiça - PE

I - Exposição

O tema a ser abordado surgiu a partir do interesse do autor em ver esclarecida situação processual que lhe foi posta enquanto Promotor de Justiça, quando no exercício de sua função viu contestada - pela Associação Nacional dos Delegados de Polícia e pela Associação Estadual dos Delegados de Polícia de Pernambuco - a legitimidade do Ministério Público para investigação criminal.

A Constituição Federal do Brasil criou os organismos de repressão e prevenção aos crimes. Estabeleceu o sistema de segurança e Justiça, dotando instituições de atribuições e competências a fim de que se assegure ao meio social a paz buscada por todos, mediante a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Atribuiu ao Estado, principalmente, sua preservação, garantindo ao cidadão o direito, mas também a responsabilidade pelo equilíbrio das relações humanas.

A Polícia Judiciária reivindica para si o monopólio ou a exclusividade nas investigações criminais.

O Ministério Público, destinatário final das atividades de investigação, resiste à idéia de que não possa realizar pessoalmente as diligências que se desenvolvam em torno da elucidação de fatos delituosos.

O Poder Judiciário enfrenta a questão com oscilantes decisões, embora na sua maioria registre a possibilidade de investigação criminal pelo *parquet*.

“A persecução penal gira em torno do Ministério Público, instituição desenvolvida, no atual perfil do sistema acusatório, para conduzir a ação penal. Esta persecução penal compreende duas etapas distintas e indissociáveis: a *persecutio criminis in judicio* e a *persecutio criminis extra judicio*.

A primeira diz respeito à propositura da ação penal e sua condução até o julgamento definitivo, aí incluída a legitimidade recursal.

A segunda diz respeito à colheita dos elementos necessários a sua propositura, notadamente o princípio de prova mínima necessária ao preenchimento da justa causa, hodiernamente considerada como a quarta condição da ação penal”. (Bastos, *Investigação Criminal – O Papel do Ministério Público*).

Assim, adiante aprofundaremos a discussão para demonstrar a legitimidade do Ministério Público em proceder com a investigação criminal.

“O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais individuais indisponíveis”. (artigo 127 da Constituição Federal)

Diz o inciso I do artigo 129 da Carta Magna que cabe ao Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. E o inciso VI do mesmo dispositivo assegura que pode o *parquet* nos procedimentos administrativos de sua competência expedir notificações, requisitar informações e documentos, ao tempo que exercerá o controle externo da atividade policial, conforme inciso VII do *caput*.

A Constituição Federal estabeleceu normas genéricas de investigação, autorizando, indiscutivelmente, ao Ministério Público, a realização de diligências investigatórias, deixando a cargo da Lei Complementar a regulamentação da matéria.

Abordando a questão no plano do ordenamento jurídico nacional temos que o membro do Ministério Público poderá oferecer denúncia criminal à autoridade judiciária competente com base em peças de informação (artigo 28 do CPP), formadas a partir de procedimentos administrativos próprios onde requisitará pessoalmente informações, exames periciais e documentos a quaisquer autoridades ou órgãos da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos e inspeções e diligências investigatórias junto às mesmas autoridades ou órgãos, estendendo-se às entidades privadas, podendo inclusive executá-los como atos preparatórios de procedimentos judiciais (artigo 6º, inciso I, alíneas *a*, *b*, *c* e incisos II e V, da Lei Complementar à Constituição do Estado de Pernambuco n.º 12/94; e artigo 7º, inciso I, combinado com artigo 8º do inciso I ao IX, da Lei Complementar à Constituição Federal n.º 75/93; e artigo 26, inciso I, letras *a*, *b*, *c*, e II e V da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público n.º 8.625/93, aplicável secundariamente aos Estados Membros).

Paradoxal conceber a possibilidade do membro do Ministério Público proceder daquela forma, e agindo daquele jeito, não estar investigando.

Ressalte-se que a Constituição da República Federativa do Brasil não atribuiu à Polícia Judiciária a exclusividade na investigação. Concedeu, entretanto, ao *parquet*, às Comissões Parlamentares de Inquérito, ao particular com alguma limitação, e ao presidente do inquérito administrativo, a faculdade de implementar a colheita de informações capazes de sustentar uma acusação judicial pelo dono da ação penal.

Aliás, esse tem sido o posicionamento dos maiores doutrinadores brasileiros que vêem o inquérito policial como peça informativa.

Ilógico admitir que o dono da ação penal não possa por si próprio realizar investigações.

Pode o Ministério Público em face da *opinio delicti* rechaçar o entendimento da autoridade policial, determinar a continuidade das investigações com requisição de diligências específicas, e nesse caso, por extensão, assume a presidência da investigação, afinal de contas destinatário do procedimento.

O artigo 4º, parágrafo único, do CPP, já esclarecia a dúvida desde o ano de 1941, quando afirmou que as apurações das infrações penais serão feitas pela Polícia Judiciária que não excluirá a de outras autoridades administrativas.

Noutro passo, saliente-se que a finalidade da investigação deve atender interesse maior, consistente na resolução rápida e eficiente dos procedimentos.

A Polícia Judiciária sustenta a falta de legitimidade do Ministério Público para investigação criminal sob o argumento de que o artigo 144 da Constituição Federal dotou-a de exclusividade na apuração das infrações, exceto as militares. Quem bem resolve a questão é o ilustre Promotor de Justiça Marcelo Lessa Bastos quando leciona: “O dispositivo constitucional não faz nada mais do que organizar, dentre as polícias, a atribuição investigatória. Quem enxerga pela ótica diversa, lê o dispositivo constitucional de baixo para cima, parando no seu § 4º. Se prosseguisse, ainda que com leitura invertida, chegaria ao inciso IV do § 1º, onde encontraria a menção à exclusividade da atribuição investigatória da Polícia Federal no que concerne às infrações penais de competência da Justiça Federal. O que pretendeu o dispositivo, com clareza mediana, que custa-nos crer seja imperceptível a doutrina dos mais elevados padrões? Tão somente repartir atribuições investigatórias entre as polícias, excluindo da Polícia Civil a atribuição para investigar os crimes de competência da Justiça Federal, por reservar-lhes a investigação da Polícia Federal”.

Outra questão levantada pelos eminentes colegas da Polícia Judiciária diz respeito ao fato de que assumindo a investigação o membro do Ministério Público não guardará a indispensável imparcialidade.

Fácil rebatê-la. No processo criminal o membro do Ministério Público é essencialmente parte, embora aja também como *custus legis*. A investigação não conduz necessariamente à condenação. Toda e qualquer prova produzida no procedimento informativo será objeto do contraditório, com amplas possibilidades de defesa ao acusado, que ao final verá uma decisão justa proferida por um Juiz imparcial afastado da persecução criminal. E mais, sendo o *parquet* responsável pelo ônus da prova, de acordo com o artigo 156 do Código de Processo Penal, deve cuidá-la, preservá-la e produzi-la para o sucesso e alcance da busca da verdade real, sem que com isso interfira na livre convicção e apreciação dos elementos probatórios pela autoridade judicial competente.

O que não se pode acatar é o fato de que por presunção possa qualquer agente público ou político ser posto na condição de suspeito, porque se assim fosse estaria o Delegado de Polícia, o Promotor de Justiça e o Juiz de Direito em igualdade de suspeição.

A colocação se inverte. Como aceitar a imparcialidade de um Delegado de Polícia em detrimento da de um Promotor de Justiça ou a de um Juiz de Direito.

O brilhante colega de Ministério Público Marcelo Bastos acrescenta ainda que “A legitimidade primária para investigar as infrações penais é do Ministério Público. A polícia o faz por concessão do primeiro em colaboração para com este, para quem, querendo ou não, trabalha, como atividade meio, nos crimes de ação pública”.

A teoria dos poderes implícitos explica melhor. Se a Constituição Federal autoriza e concede a exclusividade ao Ministério Público para processar o cidadão suspeito de crime que é o mais, autoriza o menos, que é investigá-lo de forma pré-processual.

Por amor ao debate e acaso a investigação conduzida pelo Ministério Público não levasse à prova da existência do crime e indícios de sua autoria jamais a denúncia criminal seria recebida pela autoridade judiciária. Esse entendimento é reforçado pelo posicionamento coerente dos colegas Promotores de Justiça Hilton Cortese Caneparo, Rosângela Gaspart e Vani Antônio Bueno, componentes do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais do Estado do Paraná quando ensinam: “Na verdade podendo o Ministério Público denunciar, iniciando a persecução penal em juízo, seria um contra-senso impedi-lo de buscar a verdade antes do início da relação processual. Sendo o trabalho da polícia destinado a auxiliar no fornecimento de elementos de convicção para a formação da *opinio delicti* do Promotor de Justiça, nada mais óbvio que autorizá-lo a interferir na investigação por ela feita, ou então, fazer a sua própria apuração, paralela ou de forma complementar, através de procedimento administrativo, sempre que entender conveniente ou necessário”.

Na prática, indispensável se torna a investigação criminal pelo Ministério Público quando os investigados são agentes políticos, servidores públicos, e policiais civis ou militares, principalmente porque a Instituição Ministerial guarda autonomia e independência funcional, ao contrário dos integrantes da Polícia Judiciária que não possuem as garantias mínimas para o desempenho de suas nobres funções, estando sujeitos a remoções desmotivadas por ingerência política.

Não se tenta com esses argumentos extinguir a atividade da Polícia Judiciária. O que se quer em essência é o aprimoramento da persecução criminal, com a integração dos agentes envolvidos, em razão do interesse da efetiva repressão aos crimes cometidos.

Por isso, como diz o Professor Hugo Nigro Mazzilli “Pode estar certa a sociedade de que o Ministério Público Nacional tanto Federal como o dos Estados, por certo está honrando suas graves funções, de forma responsável mas corajosa, e fazendo jus às garantias que a Constituição de 1988 lhe conferiu, tanto que nunca tanto como hoje, está combatendo a criminalidade e defendendo o meio ambiente, o consumidor e o patrimônio público deste espoliado país, o que, por certo, tem provocado a ira e a reação de fortes grupos econômicos e até governamentais, incomodados com empecilhos que nunca estiveram acostumados a enfrentar”.

Finalmente não se pode tentar impedir o acesso do Ministério Público ao Judiciário quando dispensado o inquérito policial, sob pena de ferir mortalmente o princípio constitucional de acesso à Justiça, esculpido no inciso XXXV do artigo 5º da Lei Maior.

Com isso vale invocar o inesquecível Roberto Lira, quando declarou: “Assim como os criminosos vão, por assim dizer, socializando os meios de produção do crime, concentrando-se em organizações, às vezes perfeitas, tornando-se mister que o aparelho repressor ofereça a correspondente eficiência para provar e punir os crimes, descobrindo e segregando os delinquentes. À Promotoria Pública compete, mais do que a polícia, a responsabilidade dessa missão, constituindo a força dinâmica da Justiça Criminal. Sem independência, estabilidade, cabedal, liberdade de ação e recursos técnicos, como administrativos, não seria possível atingir seus fins. Interessa, pois, fundamentalmente à defesa social, garantir ao Ministério Público, o alto controle da organização repressiva, não só policial como judiciária e administrativa”; para dizer

que mais do que um direito do Ministério Público é um verdadeiro dever a investigação, que o qualifica como ombudsman.

II - Conclusão

Acerca do tema e das considerações expostas, extrai-se as seguintes conclusões:

- a) A Polícia Judiciária não detém exclusividade na investigação criminal;
- b) O Ministério Público possui legitimidade para proceder com as investigações criminais, consoante expressa determinação da Constituição Federal, da Lei Complementar à Constituição Federal n.º 75/93, e Leis Orgânicas Estaduais;
- c) O procedimento investigatório do Ministério Público pode denominar-se de procedimento preliminar de investigação para coleta de informações, de maneira a afastar-se do nomeado inquérito policial;
- d) O Delegado de Polícia está obrigado a cumprir com as requisições do Ministério Público, que poderá determinar diligências específicas, a fim de formar a *opinio delicti*;
- e) A atuação do Promotor de Justiça em sede de investigações não impede que seja ele o autor da denúncia criminal;
- f) A investigação criminal pelo Ministério Público será instalada sempre que o órgão julgar conveniente para o alcance verdadeiro do fato, ou houver, na condição de suspeito servidor público, policiais civis e militares ou agentes políticos.

III - Bibliografia

AZKOUL, Marco Antônio. A Polícia e a sua Função Constitucional. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1998.

BATISTA, Weber Martins. Direito Penal e Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1997.

CUSTÓDIO, Antônio Joaquim Ferreira. A Constituição Federal Interpretada pelo STF. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Minidicionário Aurélio. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal: As Interceptações Telefônicas*. São Paulo: RT, 1982.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1997.

CANEPARO, Hilton Cortesi; GASPARI, Rosângela; BUENO, Vani Antônio. *Legalidade da Investigação Criminal pelo Ministério Público*. Artigo publicado na INTERNET. Site <http://www.mp.pr.gov.br/institucional/publica/cadez99/criminais.htm>.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Ministério Público e o Poder de Investigação*. Artigo publicado na INTERNET. Site <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/cadernos/cid200599.htm>.

SILVA, Aluísio Firmo Guimarães da; ARAÚJO, Maria Emília Moraes de; CORREIA, Paulo Fernando. *Ainda e Sempre a Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público*. Artigo publicado na INTERNET.

BANDARRA, Leonardo Azeredo. *Investigação pelo Ministério Público*. Artigo publicado na INTERNET. Site <http://www.juridnet.com.br/noticias/correiobrasiliense/outubro99/1810099005.htm>.

TESE 13

O TRATAMENTO JURÍDICO INSTITUÍDO PELA LEI Nº 9.807/99 AO RÉU COLABORADOR

Danilo Lovisaro do Nascimento
Promotor de Justiça - AC

Sumário: I) Introdução; II) Apresentação do tema e o tratamento jurídico dispensado pela lei ao réu colaborador; III) Conclusões.

I – Introdução

A Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, dentre outros assuntos, estabeleceu normas para a organização e manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas e dispôs, também, sobre a proteção de acusados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação e ao processo criminal.

Inúmeras críticas surgiram em relação à nova lei e, inclusive, se afirma que o diploma legal em questão é a demonstração da fraqueza e incompetência do próprio Estado em combater a criminalidade.

Entendemos, contudo, que em boa hora se introduziu no ordenamento jurídico pátrio regras voltadas à proteção de vítimas e testemunhas, que durante a investigação policial ou no curso do processo estejam sofrendo ameaças à sua vida ou à sua integridade física ou psicológica, bem como, de subida importância é a inserção na legislação de um tratamento jurídico-penal especial ao réu colaborador.

É ingenuidade acreditar que o crime em larga escala possa ser combatido sem que existam também instrumentos legais protetores e estimuladores para aqueles que decidam colaborar com a Justiça.

A luta contra a criminalidade organizada é, sem dúvida, a mais difícil e mais desequilibrada de todas, pois as atividades criminosas, quando atingem um certo nível de sofisticação e estruturação, acabam se aproximando de alguns setores importantes do próprio Estado, onde a organização criminosa busca, inclusive, proteção.

Nesse estágio avançado de criminalidade, muitas vezes o criminoso ocupa cargos importantes no aparelho repressivo estatal e em outros setores influentes da estrutura do Estado,

*Titular da Promotoria do Tribunal do Júri e Professor da Universidade Federal do Acre

dispondo, assim, de todos os mecanismos necessários para proteger a organização criminosa e permitir a continuidade de suas atividades ilícitas.

A lei, portanto, é indiscutivelmente mais um instrumento na luta contra a criminalidade organizada e as falhas ou deficiências que existirem certamente serão aperfeiçoadas na prática pela própria jurisprudência e, quando for necessário, via processo legislativo, poderão ser promovidas as alterações e ajustes indispensáveis a obtenção dos resultados esperados, como a diminuição da violência e a obtenção da paz pública.

II – Apresentação do tema e o tratamento jurídico dispensado pela lei ao réu colaborador

A idéia central do estudo toma como base a figura do réu colaborador introduzida pela Lei nº 9.807/99, abordando-se, a partir deste conceito, aspectos polêmicos do novo regramento jurídico.

Assim, inicialmente convém esclarecer que a Lei nº 9.807/99 foi dividida em dois capítulos. O primeiro capítulo, além de trazer normas de conteúdo programático, estabelece normas para a proteção de vítimas e testemunhas ameaçadas. O Capítulo II, por sua vez, sob a rubrica “Da Proteção aos Réus Colaboradores”, instituiu regras destinadas especificamente ao réu colaborador.

Na verdade, este título não exprime com clareza o verdadeiro conteúdo do regramento jurídico definido pela lei ao réu arrependido, que colabora voluntariamente e de forma efetiva na investigação ou no processo criminal.

Desde logo, cumpre atentar que o réu colaborador não é inserido em nenhum programa de proteção, como é permitido às vítimas e às testemunhas ameaçadas.

Em outros termos, os programas, exemplificativamente definidos no art. 7º da Lei, não se destinam aos réus colaboradores, porém apenas às vítimas e testemunhas protegidas.

O estímulo para o réu confessar advém da norma de natureza penal material de cunho atenuatório da responsabilidade criminal que permite a redução da pena ou, então, do perdão judicial que, segundo a lei, é causa de extinção da punibilidade.

A proteção prevista na lei para o réu colaborador, portanto, se restringe apenas à adoção de medidas especiais de segurança e proteção à integridade física do réu, enquanto estiver preso ou mesmo fora da prisão.

Além disso, ainda prescreve a lei como medida de proteção que durante a prisão provisória o colaborador ficará custodiado em dependência separada dos demais presos, podendo durante a instrução criminal ser determinado pelo juiz medidas cautelares necessárias à eficácia da proteção e, por fim, na fase de execução da pena podem ser adotadas medidas especiais destinadas a garantir a segurança do colaborador em relação aos demais presos.

Definidos os limites da proteção ao réu colaborador, no mesmo capítulo o legislador inseriu o tratamento premiado a este réu que coopera e assume uma participação ativa durante a investigação ou no curso do processo.

O réu colaborador, que no direito comparado é qualificado como “delinquente arrependido” ou “pentito”, cooperando ativamente na investigação ou no processo, goza, evidentemente, de condições mais vantajosas que os demais acusados.

Convém ressaltar que são pressupostos para a concessão, tanto do perdão judicial, quanto da redução de pena, que o réu arrependido e que deseja colaborar auxilie e realmente contribua durante as investigações ou no decorrer do processo, devendo, ainda, cumulativamente, e não alternativamente, a sua colaboração resultar na identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa, na localização da vítima com a sua integridade física preservada e na recuperação total ou parcial do produto do crime.

Esses três últimos requisitos são cumulativos e a exigência legal quanto ao seu preenchimento dependerá exclusivamente da figura delitiva objeto do processo.

O tipo de homicídio consumado, para a sua configuração, depende da ocorrência do evento naturalístico consistente na morte da vítima, logo, neste caso, não se poderia exigir que a colaboração efetiva do réu além de permitir a identificação dos demais co-imputados também o obrigasse a permitir a localização da vítima com a sua integridade física preservada ou, ainda, a recuperação total ou parcial do produto do crime, sob pena, nesta hipótese, de se inviabilizar a aplicação da lei.

Impende destacar, também, que em relação a causa de isenção de pena consistente no perdão judicial, a lei apresenta, além dos já citados, outros requisitos, o que confere maior rigidez ao instituto, devendo o réu ser primário e o juiz analisar e levar em conta para a concessão do benefício a personalidade do colaborador e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

É lícito destacar, também, que malgrado o art. 13, *caput*, e o art. 14, da Lei, exijam que a colaboração efetiva do réu ocorra na investigação e no processo, entendemos que o dispositivo em pauta deve ter sua aplicação ampliada, admitindo-se o perdão judicial ou a redução de pena ao réu que embora não tenha auxiliado na fase de investigação, em juízo tenha cooperado de forma relevante e, em razão do seu auxílio, se tenha chegado aos resultados reclamados pela lei. Melhor seria, portanto, a disjuntiva “ou”, ao invés da conjuntiva “e”.

Não fica afastado igualmente o alargamento da norma para permitir a aplicação dos institutos na fase de execução penal, aspecto que será melhor desenvolvido na parte final deste trabalho.

Nota-se, ainda, que a Lei de Proteção às Vítimas, às Testemunhas e ao Réu Colaborador possui um endereço certo, ou seja, destina-se precipuamente aos casos de associação criminosa, em que um integrante do grupo resolve cooperar para a desarticulação da organização em troca do tratamento especial e protetivo que a lei lhe assegura.

Em que pese a lei não ser expressa, é ínsito à sua finalidade que o réu colaborador, além de confessar suas ações e revelar a identidade dos co-autores ou co-participantes do delito, abandone suas atividades ilícitas.

Releva observar que a lei igualmente não se manifesta quanto à possibilidade de beneficiar o réu colaborador em outro processo, diverso daquele em que foi feita a delação. Porém, outra conclusão não se pode admitir que não seja a vedação quanto à concessão de qualquer benefício ao réu, a não ser exclusivamente no processo onde se obteve a efetiva colaboração.

O conceito de réu colaborador deve trazer insita a idéia de confissão, logo impossível que o acusado sem confessar sua participação no delito, venha a ser beneficiado.

A jurisprudência só admite valor probatório ao chamamento do co-réu quando o delator, além de assumir a sua culpa, indica seus comparsas na ação delitativa.

A Lei não se afastou evidentemente desta orientação pretoriana, pois, caso contrário, seria um grande estímulo a todo criminoso que por vingança ou imbuído exclusivamente pelo sentimento de eliminar o concorrente, resolvesse, por meio de afirmações falsas, delatar seus inimigos.

Sem assumir qualquer responsabilidade e ainda buscado a auto-exculpação com suas declarações, uniria o útil ao agradável. Não confessa o crime, delata os inimigos e é beneficiado no processo em que não confessou e em outros para os quais sequer colaborou efetivamente, como determina a lei.

A lei, por conseguinte, vincula a concessão das benesses legais ao processo em que o réu, com a sua colaboração efetiva, tenha permitido a identificação dos demais co-delinqüentes, a localização da vítima com a sua integridade física preservada e a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Se pretender benefício em outro processo do qual esteja sendo acusado, deverá, de igual forma, colaborar efetivamente nest'outra demanda, sob pena de se permitir ao réu tirar proveito desta situação para eliminar os seus adversários, assumindo uma posição extremamente cômoda. Ao invés de assumir a sua parcela de responsabilidade e ser condenado, ainda que fazendo jus a uma vantajosa redução da pena, não será acusado e ainda conseguirá se vingar dos inimigos ou trair os próprios comparsas, se beneficiando com a impunidade.

Por estes motivos, deve-se entender como terminantemente proibida a concessão de qualquer benefício da lei ao réu que não tenha confessado a sua participação no crime objeto da demanda penal.

Sobremais, não basta a confissão, é preciso a colaboração efetiva e voluntária com a obtenção dos resultados elencados no texto legal.

Outro ponto de fundamental interesse concerne à aplicação das figuras premiadas após o trânsito em julgado.

Aqui, deve-se fazer, *ab initio*, uma distinção essencial. O perdão judicial, causa de exclusão de punibilidade, ou a causa de diminuição de pena, podem ser aplicados após o trânsito em julgado, basicamente em duas situações distintas: 1) o réu, embora tendo colaborado efetiva e voluntariamente nas investigações ou no processo e esta colaboração tenha alcançado os resultados exigidos, veio a ser condenado enquanto a Lei ainda não tinha entrado em vigor; ou 2) após ter sido condenado, na fase da execução penal, resolveu colaborar de forma efetiva, identificando os co-autores ou partícipes, recuperando total ou parcialmente o produto do crime e, em uma hipótese mais remota, porém não impossível de ocorrer na prática, permitindo a localização da vítima com a sua integridade física preservada.

A primeira situação é de fácil solução, pois o parágrafo único, art. 2º, do Código Penal, não deixa margem a qualquer dúvida, já que a lei posterior que de qualquer forma favoreça o réu deve ser aplicada aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. É o princípio da retroatividade da lei mais benigna.

Dessa forma, tratando-se evidentemente de *lex mitior*, as figuras premidas introduzidas e disciplinadas pela Lei nº 9.807/99 poderão ser aplicadas a fatos anteriores à sua vigência, cabendo ao juízo da execução penal analisar o seu cabimento face a demonstração de que o sentenciado, no processo em que foi condenado, preencheu todos os requisitos legais, enquadrando-se no conceito de réu colaborador, a quem a lei assegura, além de medidas de especiais de segurança e proteção à sua integridade física, o perdão judicial ou a redução da pena.

Não há maiores dificuldades para a aceitação deste raciocínio.

A segunda situação, no entanto, deve ser melhor desenvolvida, pois a colaboração do réu após o trânsito em julgado, ou seja, já na fase da execução da pena, não está expressamente contemplada na lei.

A ausência de disposição explícita a esse respeito, no entanto, não nos autoriza de plano negar validade à argumentação jurídica, segundo a qual, o reconhecimento dos benefícios da lei possa ter lugar também na execução penal.

O Direito Penal não proíbe a aplicação da analogia no que se refere às normas penais não-incriminadoras.

O caso sob análise, à toda evidência, versa sobre norma de natureza penal material, porém é óbvio que os dispositivos que estabelecem as figuras premiadas não descrevem qualquer conduta típica. Logo, são normas não-incriminadoras de caráter permissivo, pois conferem ao aplicador da lei uma permissão, que no caso, é para se reconhecer o perdão ou a redução de pena, nas hipóteses previstas no texto.

A *communis opinio doctorum* sempre concordou com o emprego da analogia par integrar a norma penal, desde que a colmatação da omissão legislativa ocorra *in bonam partem* e recaia sobre norma não-incriminadora, pois não é permitida a integração da norma para a criação de tipos penais, não previstos expressamente em Lei, sob pena de maltrato ao princípio da reserva legal.

Nesse sentido, é de fundamental importância o magistério de Aníbal Bruno, vazado nos seguintes termos: “*A proibição da analogia, que vigora para as normas de incriminação, resulta de um princípio que se insere no próprio contexto da lei penal. A analogia é inadmissível se dela resulta definição de novos crimes ou de novas penas, ou, se, de qualquer modo, se agrava a situação do agente. Impede-a o princípio cardinal de legalidade dos crimes e das penas. Nas normas não incriminadoras, que escapam ao absoluto rigor desse princípio, e onde não há também que falar em excepcionalidade ou não excepcionalidade, porque essas normas não são exceções às normas incriminadoras, mas expressões, por si mesmas, de princípios gerais que se aplicam à matéria de que elas se ocupam, o processo de integração, por analogia, de possíveis lacunas tem todo cabimento, desde que não conduza a agravar a situação do delinqüente. É a chamada analogia in bonam partem. Não se apóia, portanto, essa aplicação da analogia em razões sentimentais, mas em princípios jurídicos, que não podem ser excluídos do Direito Penal, e mediante os quais situações anômalas podem escapar a um excessivo e injusto rigor.*”¹

Destarte, tanto a norma que estabelece tipos penais, quanto aquela que comina sanções,

1. Aníbal Bruno, *Direito Penal*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967, Tomo 1 – Parte Geral, p.211.

não pode ser suprida através da analogia, porém este corolário do princípio da legalidade não se aplica às normas não-incriminadoras que perfeitamente podem ser integradas por meio da aplicação da analogia.

Assim, a aplicação de dispositivo legal a uma determinada situação, quando a norma for, digamos de forma ampla, permissiva ou programática, poderá ser estendida também para o caso não disciplinado, desde que para suprir a omissão legislativa existente o aplicador da lei obedeça ao critério do *favorabilia amplianda*.

Se o argumento jurídico, por si só, já não fosse o bastante para convencer, é relevante destacar um novo argumento de ordem prática. A fase da execução penal é, certamente, o momento mais propício para a delação.

Aqui, vale lembrar os comentários de Antônio Vicente da Costa Júnior, que com muita sensibilidade soube identificar que o momento mais oportuno para a aplicação da Lei, em relação ao réu colaborador, é justamente a fase da execução penal: *“Essas considerações nos convictam de que os desfechos pretendidos, pela via da concessão, somente serão alcançados quando vencidas a fase de duelo com a Justiça; ou mais propriamente, após a condenação. Nesta fase, ou seja, durante a execução da pena, o abatimento pela ‘derrota’ ensaja o momento de verdade. Os elos da cumplicidade são vencidos, os vínculos do solidarismo espúrio são dissolvidos, o temor do revide é desaquecido e, então, a fala da verdade é externada. Escassos serão os casos de colaboração efetiva e voluntária, durante a investigação ou o processo, ainda que insinuates as compensações. E ainda quando ocorrerem constituirão afronta aos fundamentos da ordem jurídica que repele a impunidade, em troca de um dever de informação, convertido em obséquio à Justiça.”*²

Somando-se, portanto, os dois argumentos, tenho como válida a aplicação da analogia para permitir na situação análoga, qual seja, a execução penal, a concessão das figuras premiadas e do regime especial protetivo ao réu colaborador, inobstante a ausência de disposição expressa no texto legal.

Acertada e justa, é a aplicação da analogia para permitir ao réu que colabore no sentido da lei, apenas na fase da execução penal, também se favoreça com a outorga judicial dos benefícios legais.

III – Conclusões

Algumas conclusões devem ser extraídas da interpretação dos artigos contidos no Capítulo II, da Lei n.º 9.807/99, ficando o tratamento jurídico estabelecido ao réu colaborador com os seguintes balizamentos:

1. A Lei não admite a inserção do réu colaborador em nenhum dos programas de proteção previstos no artigo 7º, que é norma destinada apenas às vítimas e às testemunhas ameaçadas;

2. A proteção prevista na Lei ao réu colaborador se restringe apenas à adoção de medidas

2. Antônio Vicente da Costa Júnior, in *A Proteção ao Réu Colaborador*, artigo publicado no site <http://www.amperj.org.br>

especiais de segurança e proteção à integridade física do réu, enquanto este estiver preso ou mesmo fora da prisão;

3. A Lei faculta também que o réu colaborador, durante a prisão provisória, permaneça custodiado em dependência separada dos demais presos, ficando ainda autorizado ao magistrado, durante a instrução criminal, determinar medidas cautelares necessárias à eficácia da proteção;

4. Na fase de execução da pena, podem ser adotadas medidas especiais com a finalidade de garantir a segurança do réu colaborador em relação aos demais presos;

5. Conquanto o art. 13, *caput*, e o art. 14 da Lei preceituem que a colaboração efetiva do réu deverá ocorrer na investigação e no processo, a norma deve ser interpretada de forma mais flexível para autorizar a aplicação do regime jurídico instituído na Lei ao réu que não tendo colaborado na fase da investigação, em juízo venha a cooperar, alcançando os resultados previstos na Lei com a sua delação e fazendo, portanto, jus também aos benefícios legais;

6. São pressupostos para a concessão de perdão judicial ou da redução da pena que a colaboração voluntária e efetiva do réu durante as investigações ou no curso do processo, alcance, cumulativamente, os seguintes resultados: identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa, localização da vítima com sua integridade física preservada e recuperação total ou parcial do produto do crime. A consecução de todos esses resultados previstos na Lei poderá ser dispensada tão-somente face a análise da figura delitiva objeto do processo que, conforme o caso, poderá afastar a exigência de algum dos requisitos legais, por absoluta incompatibilidade;

7. A concessão do perdão judicial, além dos requisitos já citados, exige que o réu seja primário, bem como que o magistrado leve em conta para a concessão do benefício a personalidade do colaborador e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso. Assim, esta figura premiada é bem mais rígida do que o simples reconhecimento de causa de diminuição de pena em favor do réu colaborador;

8. No conceito de réu colaborador está compreendida a idéia da confissão. Logo, impossível que o réu sem confessar sua participação no crime venha a ser beneficiado com qualquer das figuras premiadas elencadas na Lei;

9. A Lei vincula a concessão dos benefícios apenas ao processo em que o réu colaborou de forma efetiva e voluntária com a obtenção dos resultados previstos no texto legal (identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa, localização da vítima com sua integridade física preservada e recuperação total ou parcial do produto do crime), não sendo possível a extensão da condição de réu colaborador para outros processos em que o réu esteja sendo acusado, sem que, igualmente nest'outra demanda, o réu assuma a postura de colaborador, confessando a sua participação neste outro delito e também cooperando nos termos definidos na Lei;

10. Encaixando-se o réu no conceito de colaborador, mesmo em processo já transitado em julgado em data anterior à vigência da Lei nº 9.807/99, será possível ao condenado requerer perante o Juízo das Execuções Penais a concessão dos benefícios legais, com fundamento no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, ou seja, a *lex nova* sempre retroagirá para beneficiar o réu;

11. Tratando-se de norma não-incriminadora, que instituiu benefícios em favor do réu, deve ser admitida a aplicação da analogia *in bonam partem*, para autorizar a concessão das figuras premiadas do perdão judicial ou da redução de pena ao condenado arrependido que apenas na

fase da execução penal resolva colaborar e desde que a sua cooperação atenda os pressupostos da Lei. O juízo competente, neste caso, também será o da Vara das Execuções Penais.

IV - Bibliografia consultada

BRUNO, Aníbal, *Direito Penal*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967, Tomo 1 – Parte Geral.

COSTA Jr., Antônio Vicente da, in *A Proteção ao Réu Colaborador*, artigo publicado no site <http://www.amperj.org.br>

COSTA Jr., Paulo José, *Comentários ao Código Penal*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1987, vol. I.

JESUS, Damásio Evangelista de, *Direito Penal*, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992, vol. I – Parte Geral.

MINGARDI, Guaracy, *O Estado e o Crime Organizado*, 1ª ed., São Paulo: IBCCrim, 1998.

VILLAREJO, Julio Díaz-Maroto y, in *Algunos Aspectos Jurídico-Penales y Procesales de la Figura Del “Arrepentido”*, artigo publicado na *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Ano 1, nº 0, maio/agosto 2000, publicação do Centro de Estudos Ibero-Americano de Ciências Penais - CEIP.

TESE 14

CRIAÇÃO DO CORPO INVESTIGATIVO PRÓPRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Wilson Koressawa
Promotor de Justiça - DF

I - Exposição

O art. 129 da Constituição Federal estabelece as funções institucionais do Ministério Público. Algumas delas têm expressiva relevância quando se trata do tema violência, que é um dos grandes males que assusta o nosso País, senão o maior, em razão da dimensão que vem alcançando.

Os incisos abaixo descritos tratam de algumas das funções delegadas ao Ministério Público que estão diretamente ligadas ao combate à violência:

... I – promover, privativamente, a ação penal pública ...

VII – exercer o controle externo da atividade policial ...

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais ...

Para cumprir essas incumbências constitucionais, o Ministério Público tem envidado esforços ilimitados para a produção das provas imprescindíveis para a apuração da verdade acerca dos fatos que envolvem o cometimento dos crimes.

É possível a fácil constatação da verdade quando se trata de criminosos comuns, ou seja, daqueles que têm total desconhecimento dos procedimentos adotados para a produção da prova, determinados pelo Código de Processo Penal.

Na maioria dos casos, verifica-se que esses delinquentes comuns não têm advogados particulares e, muitas vezes, sequer são orientados antes dos interrogatórios.

A ausência de orientação no sentido de burlar a lei, acrescida do fato de que, no momento do interrogatório, os acusados são advertidos acerca da atenuante da confissão espontânea, torna mais fácil a apuração da real dinâmica do evento criminoso.

A questão torna-se complexa quando nos deparamos com a lamentável situação em que são indiciados ou processados criminalmente agentes ou delegados de polícia.

Como a investigação e apuração de provas de crimes são a função diária desses servidores públicos, eles têm muito mais experiência no que diz respeito ao procedimentos de colheita da prova do que os Promotores de Justiça, na maioria das vezes.

Em razão disso, essas autoridades podem descobrir a forma de ação dos criminosos e as técnicas utilizadas na identificação de testemunhas, ao passo que alguns membros do *Parquet* nunca tiveram atuação na esfera policial.

Analisando de maneira inversa, possuindo experiência na produção de provas, eles igualmente têm melhores condições para esconder a prova, adotar artifícios como os de produzi-la de forma diversa da verdade, preparar termos de depoimentos, esconder ou não localizar testemunhas, entre outras.

Isso torna impossível a aquisição da verdade em juízo, uma vez que as únicas testemunhas indicadas são os próprios parceiros de trabalho.

Além disso, os inquéritos que tratam dos crimes praticados por essas autoridades são voluntariamente concluídos com muita demora, dando causa à prescrição.

Assim, ao Ministério Público resta enorme prejuízo no momento da instauração da ação penal e da produção da prova na fase contraditória.

Em decorrência disso, a punição dessas autoridades torna-se extremamente dificultada ou não é alcançada.

É certo que o *Parquet* vem crescendo muito e obtendo espaço suficiente para dar prosseguimento às ações penais que instaura, em razão da ainda existente colaboração das vítimas e testemunhas.

É indiscutível que a apuração pelos próprios pares no âmbito da corregedoria de polícia encontra indiscriminado corporativismo, chegando ao repugnante expediente de protelarem a conclusão da investigação até que o crime alcance a prescrição.

Após a prática proposital de tão repulsiva atitude, remetem os autos ao Ministério Público exatamente no dia em que alcançam a prescrição retroativa, que nenhuma consequência surte caso seja instaurada a ação penal e obtida a condenação.

Quando há um esforço maior no sentido de processar criminalmente um Delegado de Polícia, por exemplo, é extremamente difícil a produção da prova.

Ele se utiliza de todos os artifícios que conhece para obstruir a conclusão do inquérito policial, ameaça testemunhas, bem como tenta intimidar o Promotor de Justiça, pretendendo fazer prevalecer a impunidade.

De nada adianta a criação e instalação de Promotorias específicas para a apuração de crimes cometidos exclusivamente por policiais militares e civis se não forem devidamente estruturadas com equipamentos e pessoal preparado para conduzir as investigações.

Em decorrência do excelente trabalho que todos os integrantes do *Parquet* vêm desenvolvendo, é indiscutível que a Instituição tende a crescer e ficar melhor aparelhada para

investigar, processar e condenar esses criminosos, sendo isso um constante pedido da sociedade a quem nos incumbe proteger.

Para que isso ocorra, é necessário que o Ministério Público seja provido de um CORPO INVESTIGATIVO PRÓPRIO para que possa dar normal andamento a investigações dessa natureza, desde a mais elementar localização de uma testemunha, até a proteção conferida ao nobre representante do *Parquet*.

Para garantir a justiça social, deve-se esgotar todas as forças no intuito de realizar investigações bem sucedidas e, quando necessário, realizar concursos públicos para que se possa contar com servidores especialmente treinados para lidar com a busca da prova em tais casos.

Esse tema é de extrema importância, sendo imprescindível, para resguardar a todos as garantias constitucionais de liberdade, igualdade e segurança, a adoção das medidas propostas.

II - Conclusão objetiva

Assim sendo, com a presente exposição, pretende o autor que sejam adotadas as providências necessárias no sentido da criação e instalação do CORPO INVESTIGATIVO PRÓPRIO no âmbito do Ministério Público, devendo a proposta ser encaminhada à Chefia do *Parquet* para que sejam iniciadas as medidas tendentes ao alcance deste objetivo, com a aprovação da tese.

TESE 15

PROGRAMA DE PROTEÇÃO A VÍTIMAS E TESTEMUNHAS

Wilson Koressawa

Promotor de Justiça - DF

I - Exposição

Nos dias atuais, em que a violência alcança índices alarmantes, o Ministério Público, a quem incumbe a instauração da ação penal pública, tem sofrido inúmeras dificuldades na comprovação da autoria dos delitos e, conseqüentemente, na condenação dos criminosos.

A complexidade aumenta nos casos de criminosos mais poderosos ou audaciosos, que agem com a mesma frieza e indiferença com que praticaram os crimes para ameaçar testemunhas, vítimas e, muitas vezes, o próprio Promotor de Justiça no plenário dos Tribunais do Júri para impedir o descobrimento da verdade e a conseqüente punição.

Na grande maioria dos casos, as vítimas e testemunhas, totalmente desconhecedoras dos respectivos direitos, quando comparecem às audiências no fórum, são submetidas ao constrangimento de terem que ficar na frente do acusado e, por temer a própria vida, deixam de contar a verdade.

Não se deve condenar a atitude das vítimas e testemunhas, que mentem em juízo, porque elas tem sofrer prejuízos à integridade física e à vida delas e dos familiares.

Sem a devida proteção que cabe ao Estado fornecer, as vítimas, que já sofreram violência física ou grave ameaça e, portanto, sabem do que são capazes, diante de ameaça deles, deixam de narrar corretamente as condutas delitivas por eles praticadas e deixam de reconhecê-los.

As testemunhas, que igualmente presenciaram a crueldade dos crimes cometidos, não tendo qualquer relação com o evento, preferem não depor, negar o conhecimento dos fatos e o reconhecimento dos criminosos a arriscar a própria vida e a da família para desvendar a autoria de um crime.

De nada adianta aparelhar a polícia com pessoal e viaturas se o Ministério Público não contar com o depoimento da vítima e da testemunha.

A advertência dos ilustres Juízes para que a testemunha fale a verdade é insuficiente para convencê-la, quando está em risco a integridade física dela ou da família.

Com isso, a produção da prova torna-se prejudicada e o Ministério Público fica sem alternativa, vendo-se obrigado a pedir a absolvição do criminoso.

A sociedade, a quem tem a incumbência de proteger e zelar pelos direitos, acaba sendo punida com o aumento da violência.

Ademais, é indiscutível que a impunidade é um dos grandes incentivos à reiteração criminosa.

Não é menos certo que algumas medidas simples podem ser adotadas para que as testemunhas e vítimas tenham mais segurança e possam prestar o depoimento com isenção, contando a verdade, que é o que interessa ao *Parquet*.

Em decorrência do excelente trabalho que todos os integrantes do *Parquet* vêm desenvolvendo, é indiscutível que a Instituição tende a crescer e ficar melhor aparelhada para a investigação, processamento e obtenção de condenação nos casos merecidos.

Entretanto, para que tenha êxito nessa dura empreitada, as seguintes medidas tornam-se imprescindíveis:

1. A exclusão dos nomes das testemunhas e vítimas do autos de inquéritos policiais e processos criminais, mantendo-os em livros sigilosos;

2. A colocação de películas espelhadas nos vidros das portas das salas de audiência, para que a vítima e a testemunha possam fazer o reconhecimento dos acusados sem serem por eles vistas;

3. A aquisição de capuzes e roupões descartáveis para que as vítimas ou testemunhas possam utilizar quando for necessário, bem como de microfones modificadores da voz para que não sejam reconhecidas quando falarem.

São providências simples que proporcionarão imensuráveis conseqüências benéficas.

É de interesse de toda a sociedade que os criminosos sejam devidamente punidos. É certo que, com as garantias de segurança e sigilo acima expostas, nenhuma pessoa de bem se negará a narrar em Juízo as circunstâncias dos crimes da forma como ocorreram, bem como reconhecer ao autores dos delitos.

Tal fato proporcionará ao Ministério Público o efetivo cumprimento das funções que lhe incumbem.

II - Conclusão Objetiva

Assim sendo, com essa exposição, pretende o autor que sejam adotadas as providências necessárias no sentido da implementação do programa **SUA SEGURANÇA**, imprescindível para que possa o Ministério Público cumprir seu mister constitucional na promoção da ação penal pública – art. 129, I, da Constituição Federal, com a aprovação da tese.

TESE 16

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E O ACESSO À JUSTIÇA

Valter Foletto Santin

Promotor de Justiça em São Paulo*

Resumo: O artigo cuida da investigação criminal e do acesso à justiça. Aborda a universalização da investigação, a possibilidade de investigação por todas as polícias, pelo Ministério Público, vítima e defesa. Também sobre a limitação do contraditório e da ampla defesa.

Palavras-chaves: acesso à justiça; investigação criminal; universalização da investigação; polícia; Ministério Público; contraditório.

SUMÁRIO: I. Introdução. II. Acesso à justiça penal. III. Investigação criminal. IV. Conclusão.

I - Introdução

O movimento de acesso à justiça é mundial na busca incessante de facilitar a utilização do Judiciário para a solução das lides, por meio da superação dos entraves econômicos, com isenção de custas e fornecimento de assistência judiciária integral, do aumento das pessoas legitimadas a pleitear em Juízo por interesses difusos e das camadas pobres e de consumidores, da criação de procedimentos mais céleres e informais, da proliferação de juizados especiais e de Juízos para a aproximação ao povo e de métodos alternativos de solução dos litígios, como juízo arbitral e conciliação.¹

Os avanços mais significativos nas ondas de acesso à justiça sempre foram conseguidos na esfera civil, em constante evolução processual.

Na área penal, os movimentos sempre foram mais tímidos, provavelmente porque a maioria dos crimes é de ação pública, de exercício privativo do Ministério Público (art. 129, I, da Constituição Federal), sendo minoria a movimentação privada, por ação privada do ofendido (art. 30, CPP).

* Mestre em Processo pela FADUSP

1. Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Acesso à justiça*, passim.

O acesso à justiça é tema bastante discutido nos últimos tempos, para melhorar e facilitar os mecanismos de ingresso em Juízo para obtenção de prestação jurisdicional, sendo priorizado neste trabalho o ângulo da esfera penal, especialmente a fase de investigação criminal.

II - Acesso à justiça penal

Na esfera penal, o acesso à justiça pode ser analisado pelo aspecto econômico, da legitimidade processual, da simplificação processual e da investigação criminal.

Na ótica econômica, já era tradicional a assistência judiciária ao réu, custeada pelo Estado. A Constituição Federal ampliou o seu significado, ao prever a assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes econômicos (art. 5º, LXXXIII, CF), que em relação ao acusado vai além da assistência jurídica do profissional, passando pela colocação de intérpretes e tradutores à disposição do réu, conforme preconizado pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos, Pacto de San José (art. 8, § 1º), em vigor no Brasil, tudo para facilitar a defesa do réu.

Sob o ângulo da legitimidade processual, já existia a ação penal pública subsidiária promovida pelo ofendido por inércia do Ministério Público (art. 5º, LIX, da Constituição Federal e art. 29, do Código de Processo Penal), um mecanismo tradicional de ampliação de legitimidade de acusação e acesso à justiça. Na ampliação das pessoas autorizadas a acusar (Ministério Público e ofendido) surgiu a legitimidade das entidades, órgãos e associações de proteção ao consumidor para o exercício da ação subsidiária ou intervenção como assistentes por crimes contra as relações de consumo (art. 80, do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078/90), abrindo ainda mais o leque de legitimados para a ação penal pública, também por inércia do Ministério Público.

Na simplificação processual, a Lei 9.099/95 normatizou sobre o procedimento dos crimes de menor potencial ofensivo (pena de até 1 ano), criando o termo circunstanciado, que concentra as informações sobre os fatos numa única peça — fazendo com sucesso o papel do burocrático inquérito policial —, que remetido imediatamente a Juízo proporciona a realização de audiência preliminar, em procedimento marcado pela informalidade, celeridade e oralidade, para proporcionar oportunidade de reparação dos danos, representação, aplicação imediata de pena, arquivamento ou oferecimento de denúncia, agilizando e facilitando a decisão sobre pequenos delitos, inclusive em procedimento sumaríssimo (art. 69 e seguintes). Na Reforma Processual Penal em andamento, a Comissão do Ministério da Justiça pretendia inicialmente propor alterações no Código de Processo Penal, como a criação de novo instrumento de investigação, a apuração sumária, destinada aos demais crimes (art. 4º, II, CPP), cujas informações deveriam ser enviadas ao Ministério Público, no prazo de 10 dias (art. 5º, §2º, CPP), que poderiam servir de base à formação de convencimento do Ministério Público para o início da ação penal (art. 7º). Essa medida consistiria em mecanismo de simplificação procedimental e agilização do acesso à justiça. Entretanto, o Anteprojeto em andamento não previu a apuração sumária, infelizmente.

A investigação criminal comporta alguns problemas que começam pela atuação policial, passando pela intervenção do Ministério Público até a participação da vítima, do indiciado e de outros entes estatais, que se relacionam à atribuição de realização de investigação, ao

monopólio policial e o valor das investigações, porque para o ingresso de ação penal exige-se um mínimo de elementos sobre a autoria e materialidade fornecidos pela investigação criminal, para acompanhar a denúncia ou queixa-crime para o seu recebimento pelo juiz. Também o exercício do contraditório e da ampla defesa na fase de investigação.²

III - INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

A atividade de investigação criminal destina-se ao fornecimento de elementos mínimos sobre a autoria e a materialidade do delito, para a formação da *opinio delicti* do Ministério Público, o desencadeamento ou não da ação penal pública e o embasamento para o recebimento da denúncia e concessão de medidas cautelares pelo juiz. Também serve para embasar a queixa-crime da vítima nos crimes de ação privada ou ação penal subsidiária. A atribuição para a realização de investigação criminal é das polícias, especialmente a Polícia Federal, as Polícias Cíveis e as Polícias Militares, por crimes federais, estaduais e militares, respectivamente.

O principal obstáculo do acesso à justiça na esfera criminal relaciona-se à investigação criminal, pelo sistema burocrático e demorado com que realizada tradicionalmente pela polícia, quase de forma exclusiva, sendo necessária a análise da exclusividade da polícia na investigação criminal, se as demais polícias podem investigar delitos fora da sua área de atuação normal, se outros entes estatais extrapoliciais podem investigar e a atuação da vítima, do indiciado e do cidadão.

A investigação criminal em sentido amplo pode ser pública ou privada. Pública quando elaborada pelos entes estatais; privada, providenciada pela vítima, pelo cidadão e por entes privados. Normalmente, ela é desempenhada por entes públicos, principalmente policiais, mas não são descartados os esforços particulares.

É preciso destacar que os serviços de segurança pública são obrigação do Estado, com a participação de todos, para a preservação da ordem pública e incolumidade e patrimônio do cidadão (art. 144, caput, CF). Esses serviços destinam-se à prevenção, repressão, investigação de delitos, vigilância e polícia de fronteiras e polícia judiciária. Esses serviços são encarados como funções para a segurança pública. A prevenção destina-se a evitar a ocorrência de crimes; a repressão é a pronta providência para a prisão do infrator; a investigação é para fornecer elementos de prova para o desencadeamento da pretensão punitiva estatal; a polícia de fronteiras é para controlar o ingresso e saída de pessoas e mercadorias no país; a polícia judiciária é para auxiliar e cooperar com as atividades do Judiciário e do Ministério Público, no cumprimento de mandados e diligências.

A polícia federal e as polícias cíveis e militares não têm exclusividade na realização de investigação criminal, mesmo em relação aos outros organismos policiais como a outros entes públicos. O princípio é da universalização da investigação, em consonância com a democracia participativa, a maior transparência dos atos administrativos, a ampliação dos órgãos habilitados a investigar e a facilitação e ampliação de acesso ao Judiciário, princípios decorrentes do sistema constitucional atual. O reconhecimento do monopólio investigatório da polícia não se

2. Sobre a participação na investigação criminal vide Valter Foleto Santin, *O Ministério Público na investigação criminal*, passim.

coaduna com o sistema constitucional vigente, que prevê o poder investigatório das comissões parlamentares de inquérito (art. 58, §3º.) e do Senado Federal para o processamento e julgamento do Presidente e do Vice-Presidente da República, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade (art. 52, I e II), o exercício da ação penal e o poder de investigar do Ministério Público (art. 129, I, III e VI), o direito do povo de participar dos serviços de segurança pública (art. 144, caput), função na qual a investigação criminal se inclui (art. 144, §1º, I e §4º), o acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV) e o princípio da igualdade (art. 5º, caput e I).³

Note-se que não há “privatividade” ou “exclusividade” absoluta no exercício de poder de maior relevância, a ação penal, inerente à soberania estatal, em face da possibilidade da ação privada subsidiária, não é razoável que haja no poder estatal de menor relevância, a investigação criminal, especialmente porque a fase de investigação é facultativa para o exercício da ação penal e acesso ao Judiciário se a acusação possuir elementos suficientes da autoria e materialidade do crime para embasar a denúncia penal (arts. 39, §5º. e 40, do CPP). A Constituição Federal não condiciona o exercício da ação penal à realização de investigação policial.

Em relação ao Ministério Público a Constituição Federal previu a sua função de promover privativamente a ação penal (art. 129, I), instaurar o inquérito civil e promover a ação civil pública (III), expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los (VI), requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (VIII) e exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade (IX), dispositivos que evidenciam a possibilidade de empreender todo o tipo de investigação (administrativa, civil ou criminal). O poder de investigação do Ministério Público visa facilitar e estimular o acesso à Justiça.⁴

A atribuição da Polícia Federal não chega a ponto de impedir o trabalho investigatório do Ministério Público Federal, titular da ação penal por crimes federais, e de outros órgãos públicos (o Senado, as comissões parlamentares de inquérito, o Judiciário e autoridades administrativas). Se o Ministério Público não pudesse investigar crimes em relação a indiciados sem foro especial pela aplicação da “exclusividade” de polícia judiciária e pela função constitucional da polícia na apuração de crimes também não poderia investigar os delitos dos seus membros. O mesmo raciocínio seria aplicável à investigação por órgão judicial pelos crimes praticados por juizes, bem assim às investigações parlamentares.

A atuação do Ministério Público na investigação ainda gera debates jurídicos e não está pacificada.

Atualmente, o poder investigatório próprio do Ministério Público vem sendo questionado em recursos e ações diretas de inconstitucionalidade, nas instâncias superiores, por indiciados e entidade associativa policial. A ADEPOL (Associação dos Delegados de Polícia) promoveu várias ações diretas de inconstitucionalidade, sem êxito. A E. Suprema Corte brasileira não concedeu nenhuma medida liminar, mantendo eficazes as normas da Lei 6.825/93 e Lei Complementar Federal 75/93 (ADIN 1.142) e resoluções da Procuradoria Geral de Justiça do Rio de Janeiro, referentes à Promotoria de Investigação Penal (ADIN 1.138-3 RJ) e da Procuradoria

3. Sobre a universalidade da investigação e inexistência de monopólio da polícia na investigação vide Santin, op. cit., passim.

4. Santin, op. cit., passim.

Geral de Justiça do Paraná, na instituição de Promotoria de Investigação Criminal (ADIN 1.336-PR.).

Apesar disso, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, não está pacificada a possibilidade ou não de investigação criminal pelo Ministério Público.

Em 1997, a E. 1a. Turma decidiu ser “regular a participação do Ministério Público em fase investigatória”,⁵ sinal da possibilidade de investigação criminal pelo Ministério Público.

Por outro lado, a E. 2a. Turma, em dezembro de 1998, decidiu de forma restritiva, entendendo que “não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial, competente para tal (C.F. art. 144, 1º. e 4º.)” (RECR 205473-AL, Rel. Min. Carlos Velloso, v.u., j. em 15.12.98, DJ 19.03.99, pág. 19, Ement. vol. 1943-02, pág. 348.). Em maio de 1999, no RE 233072/RJ, por maioria de votos, sendo relator originário o Min. Néri da Silveira e para o acórdão o Min. Nelson Jobim, não conheceu de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público contra decisão do TRF da 2a. Região (RJ) que anulava o processo, iniciado com base em investigações do Ministério Público (Boletim Informativo do STF n°s143, 148 e 150, www.stf.gov.br).

Por seu turno, no E. Superior Tribunal de Justiça, a situação é diferente, com confirmação pacífica da atuação do Ministério Público na fase investigatória, conforme se depreende de inúmeras decisões, das 5ª. e 6ª. Turmas.

Em 1994, a 6ª. Turma, rel. o Min. Pedro Acioli, chancelou a possibilidade do Ministério Público atuar na fase antecedente à ação penal, assentando: “Não causa nulidade o fato do promotor, para formação da opinião delicti, colher preliminarmente as provas necessárias para ação penal”. (RHC 3.586-2/PA, v.u., j. em 09.05.94, DJU de 30.05.94). Em 1998, a 6a. Turma, rel. o Min. Vicente Leal, entendeu que o Ministério Público possui competência para investigar (RHC 7.063/PR, DJ 14.12.98, pág. 302.) e pode efetuar diligências, colher depoimentos e investigar os fatos, para o “fim de poder oferecer denúncia pelo verdadeiramente ocorrido” (RHC 8.025/PR, v.u., DJ 18.12.98, pág. 416.).

A 5ª. Turma tem seguido a mesma linha e expressado seguramente a possibilidade da participação do Ministério Público na fase pré-processual para apuração de crime, com inúmeras decisões recentes (RHC 7.445/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 01.02.99, pág. 218; RHC 8.732/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, v.u., DJ 04.10.99, pág. 64; HC 10725/PB, Rel. Min. Gilson Dipp, v.u., DJ 08.03.2000, pág. 137; HC 10605/PB, Rel. Min. Félix Fischer, v.u., DJ 13.12.1999, pág. 167).

O E. STJ também considerou inexistente impedimento para oferecimento de denúncia por promotor que atuou na fase investigatória, tendo em vista a possibilidade para formação da “*opinio delicti*” de colher preliminarmente as provas necessárias para a ação penal (RHC 3.586-2/PA, 6ª. T., Rel. Min. Pedro Acioli, v.u., j. 9.5.94, DJU 30.05.94). Em sentido semelhante: HC 9.023/SC, 5ª. T., Rel. Min. Felix Fischer, j. em 06.06.99, in Informativo Jurídico n°22, www.stj.gov.br/stj/instituc/Injur22.htm. O assunto foi convertido na Súmula 234: “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia” (Informativo Jurídico 44,

5. Silvana de Freitas, Supremo tende a reconhecer apreensões, Folha de S. Paulo, caderno 1, p. 8, ed. 22.04.99. Vide também ADIN 1571-1, Rel. Min. Néri da Silveira.

www.stj.gov.br, jurisprudência; DJ 07.02.2000, pág. 185).

O E. Tribunal Regional Federal, da 1ª. Região (DF), reconheceu o poder do Ministério Público de instaurar inquérito civil ou procedimento investigatório, para apuração de crimes contra a ordem tributária (Juiz Cândido Ribeiro), em que quebrado judicialmente o sigilo bancário do investigado, mas assegurado a este o acesso às movimentações bancárias (MS 1998.01.00.027824-6/PA, DJ 15.03.99, pág. 17 e HC 1998.01.00.048293-0/PA, DJ 12.03.99, pág. 99), facilitando o exercício da ampla defesa e do contraditório.

O E. Tribunal Regional Federal, da 2ª. Região (RJ), entendeu que, nos termos do artigo 129, VI, da Constituição Federal, “pode o Ministério Público proceder às investigações cabíveis, requisitando informações e documentos para instruir seus procedimentos administrativos preparatórios da ação penal” (98/0032251-5). A posição não é pacífica, por entendimento contrário (HC 96.02.35446-1, 2ª. T., Rel. Des. Fed. Silvério Cabral, v.m., j. em 11.12.96, e 97.02.09315-5, 1ª. T., Rel. Des. Fed. Nei Fonseca, v.u., j. em 19.09.97, DJU de 09.10.97).

O E. Tribunal Regional Federal, da 4ª. Região (RS), reconheceu a possibilidade de denúncia com base em “investigações precedidas pelo Ministério Público”, que “pode investigar fatos, poder que se inclui no mais amplo de fiscalizar a correta execução da lei”, de modo que tal “poder do Órgão Ministerial mais avulta quando os envolvidos na infração penal são autoridades policiais, submetidas ao controle externo do Ministério Público” (HC 97.04.26750-9/PR, Rel. Juiz Fábio Bittencourt da Rosa, 1ª. T., v.u., j. 24.06.97, DJU 16.07.97.).

O E. Tribunal de Justiça de São Paulo, no HC 95852/SP, sendo relator o Des. Nelson Fonseca, em virtude de atuação de membro do Ministério Público na fase do inquérito policial, decidiu sobre a admissibilidade do “promotor de justiça, designado para a fase investigatória, promover a ação penal”, porque “acompanhamento dos atos de investigação ou realização direta de diligências relevantes que não se erigem em impedimento à sua atuação” (6ª. Câm. Crim., j. em 15.08.90, RT 660/288).

O E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul admitiu investigação pelo Ministério Público para a colheita de provas para servir de base à denúncia ou à ação penal (RT 651/313). O juiz gaúcho Vladimir Giacomuzzi, em julgamento de habeas corpus, HC 291071702, afirmou que “a CF, ao conferir ao MP a faculdade de requisitar e de notificar, defere-lhe o poder de investigar, no qual aquelas funções se subsumem” (CCrim. de Férias, j. em 25.07.91, Julgados do TARS nº. 79/128).

Na doutrina, é maciça a aceitação da atuação investigatória do Ministério Público. Essa participação na apuração de crimes já era defendida anteriormente por Alckmin, Frederico Marques, Hélio Bicudo, Marcio Antonio Inacarato, Ubirajara do Mont’Serrat Faria Salgado e outros, sendo atualmente seguida a posição por Mirabete, Marcellus Polastri de Lima, Hugo Mazzilli e outros.

Julio Fabbrini Mirabete salienta que tem o Ministério Público “legitimidade para proceder a investigações e diligências”.⁶

Hugo Nigro Mazzilli entende que nos procedimentos administrativos do Ministério

6. Processo Penal, p. 77.

Público (art. 129, VI) “também se incluem investigações destinadas à coleta direta de elementos de convicção para a *opinio delicti*”, porque se destinados apenas à área cível bastaria o inquérito civil (inciso III) e o “poder de requisitar informações e diligências não se exaure na esfera cível, atingindo também a área destinada a investigações criminais”.⁷

Marcellus Polastri de Lima entende que a polícia judiciária não detém a exclusividade na apuração de infrações penais e que “nada obsta que o Ministério Público promova diretamente investigações próprias para elucidação de delitos”, porque exerce “parcela de autoridade” e “pode proceder às investigações penais diretas na forma da legislação em vigor”.⁸

Marcio Luís Chila Freyesleben considera que a “investigação criminal presidida pelo Promotor é absolutamente normal e amparada em lei”,⁹ através de procedimento administrativo.

A universalização da investigação foi reconhecida em hipótese originária de representação por crime eleitoral enviada pelo juiz ao órgão do Ministério Público, o qual “por não dispor de elementos suficientes, realizou a inquirição das testemunhas na sala da promotoria” para a ação penal, sendo considerada a inexistência de irregularidade jurídica (TSE, RHC/SP 54, Acórdão nº 4985, Rel. Raphael de Barros Monteiro, j. em 18.05.72, BEL vol. 250, tomo 1, pág. 558, www.tse.gov.br).

O Ministério Público pode proceder aos atos de investigação criminal, com a utilização de procedimento administrativo autônomo ou do próprio inquérito policial.

As atribuições de investigação do crime não são exclusivas dos organismos policiais e muitos menos da Polícia Federal, Polícias Cíveis e Polícias Militares. As demais polícias podem investigar os crimes. Todas as polícias têm a obrigação constitucional de prestar serviços de segurança pública, para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144, caput), vale dizer funções de polícia de segurança, para a prevenção e repressão aos crimes, por polícias ostensivas e não ostensivas. Na função de investigação podem atuar as polícias com destinação específica (polícia federal e polícias cíveis e militares, art. 144, §§1º, I e 4º., CF) e os órgãos policiais com destinação geral (demais polícias, corpos de bombeiros e guardas municipais). A divisão de funções é artificial, porque todas as polícias são encarregadas da prestação de serviços de segurança pública, em que se inclui a investigação criminal. No máximo as referidas polícias (Federal, Civil e Militar) ostentam a condição de especialmente encarregadas dessa atividade, não exclusivamente. A fixação de monopólio das três instituições não se coaduna com o interesse público em receber os serviços públicos de segurança pública de forma eficiente e integral.

No tocante aos delitos federais, uma interpretação apressada e inadequada do art. 144, §1º, IV, da Carta Magna, poderia indicar que somente a polícia federal estaria autorizada a investigar os crimes federais, com exclusão de qualquer outra instituição, em virtude da destinação de “exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União”. Essa não pode ser a interpretação adequada. Não há exclusividade investigatória, mas sim universalização da investigação. É bem verdade que o constituinte previu que a polícia federal teria exclusividade no trabalho de polícia judiciária (art. 144, §1º, IV), mas não da apuração de

7. Manual do Promotor de Justiça, p. 121.

8. Ministério Público e persecução criminal, p. 84 e 87.

9. O Ministério Público e a polícia judiciária: controle externo da atividade policial, p. 90.

infrações penais (I), porque não mencionado nenhum termo ou expressão equivalente. No sistema constitucional atual as funções de investigação e cooperação são distintas, uma (investigação) caracteriza o trabalho de polícia de investigação criminal e a outra (cooperação), o trabalho de polícia judiciária. Dessa forma, o trabalho de investigação não se inclui mais dentro da noção funcional de polícia judiciária no sistema brasileiro; apenas a cooperação e auxílio ao Judiciário e ao Ministério Público (art. 13, I a III, CPP). Investigação criminal não é trabalho de polícia judiciária! A Constituição Federal foi clara em separar as funções, tanto em relação à polícia federal (art. 144, §1º, I e IV) quanto às polícias civis e militares (art. 144, §4º). As funções da polícia federal de investigar crimes e de polícia judiciária estão em dois incisos diferentes (I e IV), indicando que se tratam de duas funções diferentes, duas finalidades diversas: uma de investigação e a outra de cooperação. Em relação às polícias estaduais (civis e militares) o constituinte programou que lhes incumbem as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais (§4º), evidenciando que se tratam de duas atividades policiais (“funções” está no plural) diferentes (de polícia judiciária e de apuração de infrações penais) e com duas finalidades diversas (cooperação e investigação).

O E. STJ confirmou a possibilidade de investigação de crime ocorrido em outra circunscrição ou esfera. No HC 9958/GO, decidiu que “não há impedimento que a autoridade policial de determinada unidade federativa promova investigações, mediante instauração de inquérito, acerca de fatos ocorridos em outra circunscrição, mas que tenham repercutido naquela de sua competência” (6ª. T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 16.09.99, DJ 04.10.99, pág. 115). No HC 9797/PE, na apuração de tráfico de drogas, em que o auto de prisão em flagrante foi lavrado por delegado de polícia federal, assentou que a “Carta Magna explicita que a repressão ao tráfico de drogas realizado pela autoridade federal será realizada ‘sem o prejuízo’ da atuação de outros órgãos públicos.” (5ª., T., Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 02.09.99, DJ 04.10.99, pág. 69). No HC 9704/GO, em que os fatos foram rotulados inicialmente como configuradores de crime contra o sistema financeiro nacional, de alçada federal, em desfavor da Caixa Econômica do Estado de Goiás quando esta não mais era instituição financeira, depois foi reconhecida a competência da Justiça Estadual, com a anulação da denúncia, do seu recebimento e dos atos posteriores, mas “mantidos os atos investigatórios anteriores” (5ª. T., Rel. Min. Edson Vidigal, j. em 10.08.99, DJ 11.10.99, pág. 78).

A vítima, o cidadão e o indiciado têm direito de participar da investigação criminal.¹⁰

A possibilidade de participação da vítima e do cidadão decorre do sistema constitucional, ao prever a ação penal pública subsidiária (art. 5º., LIX, Carta Magna), ao considerar a segurança direito social (art. 6º.), prever a função policial de apuração de crimes (art. 144, §1º. e §4º.), fixar a segurança pública como obrigação estatal, mas direito e responsabilidade de todos (art. 144, caput), princípio que estimula a participação popular na prestação de serviços de segurança pública, função geral que inclui a prevenção, a repressão e a investigação de crimes (art. 144), em consonância com o Estado Democrático de Direito, os fundamentos da cidadania e dignidade da pessoa humana (art. 1º., II e III) e os objetivos da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º., I).

Os elementos investigatórios podem ser colhidos pela polícia, em inquérito policial, ou pela própria vítima, em investigação particular. A vítima pode auxiliar a polícia ou colher diretamente os dados sobre os fatos delituosos.

 No trabalho de auxiliar, a vítima pode fornecer à autoridade policial ou ao Ministério

10. Santin, op. cit., passim.

Público documentos, informações e elementos de convicção, para instruir o inquérito policial (art. 5º, § 1º.) ou a representação (art. 27), inclusive requerendo diligências policiais (art. 14, do Código de Processo Penal). Ela tem direito de coadjuvar os trabalhos e que os seus informes sejam analisados pelos órgãos de persecução penal e acompanhem os autos da investigação.

Em relação à investigação diretamente pela vítima, não se vê nenhum empecilho ou impedimento de que o ofendido faça diligências e produza elementos informativos, através de perícia particular, documentos e declarações privadas de testemunhas dos fatos, para corroborar o delito, tudo anexando à representação ou à peça acusatória (queixa-crime). Essa atividade complementa o trabalho de investigação estatal.

Na hipótese de crime de ação privada (contra os costumes, contra a honra, contra a propriedade industrial, dano, etc.) é visível o interesse e o direito da vítima investigar por meios próprios, porque a acusação é sua incumbência e possui interesse em produzir elementos de provas mais robustos para alicerçar a sua atuação no processo e melhorar as chances de sucesso da ação penal.

Nos delitos de iniciativa pública, legítima a sua vontade de melhorar a qualidade dos informes sobre os fatos e até mesmo produzir elementos suficientes para o desencadeamento da ação penal pelo Ministério Público. Como exemplo, podem ser vislumbrados casos de furto, apropriação indébita e outros crimes contra o patrimônio, sofridos por um banco, praticado por seu funcionário, em que a instituição financeira disponha de prova documental sobre o ilícito, produza perícia contábil e grafotécnica necessária e ouça clientes e funcionários sobre os fatos, formando um conjunto de elementos para acompanhamento da representação, muitas vezes suficiente para a formação da *opinio delicti* do Ministério Público.¹¹ É viável que uma empresa, vítima de seu funcionário, possa amealhar elementos de provas, documental, pericial e declarações de testemunhas, para encaminhar ao Ministério Público na representação e que possam ser suficientes para desencadeamento da ação penal. O sistema permite que a vítima ou o cidadão represente diretamente ao Ministério Público noticiando a prática criminosa e que este ofereça a denúncia criminal se suficientes os elementos, sendo razoável que possa o interessado (vítima ou cidadão) efetuar prévias investigações sobre os fatos, inclusive para evitar incorrer em delito por acusação falsa ou infundada.

A vítima – outrora esquecida – tende a ser prestigiada no campo do processo penal. Essa tendência acentuou-se na Lei 9.099/95 que aumentou o leque de delitos de ação pública condicionada à representação, ao incluir nesse rol as lesões culposas e dolosas leves (art. 88). Na audiência preliminar (art. 72), orientada pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade (art. 62), a vítima poderá fornecer subsídios fáticos e probatórios para auxiliar na formação da *opinio delicti* pelo Ministério Público.

Para o aperfeiçoamento da participação da vítima, Antonio Scarance Fernandes propõe seja a vítima informada sobre a instauração e encerramento do inquérito, o andamento das investigações e receba proteção estatal nos crimes graves. Sugere a restrição de notícias sobre crimes graves e dados das vítimas.¹²

A valorização da vítima é uma tendência mundial, refletindo o reconhecimento aos direitos da pessoa mais prejudicada pelo crime.

11. Frederico Marques aceita esse tipo de investigação pelo banco (Tratado de Direito Processual Penal, p. 183).

12. O papel da vítima no processo criminal, p. 81-83.

Sobre a participação do cidadão, prevê o artigo 27, do CPP, que qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos de ação pública, fornecendo-lhe informações escritas sobre o fato e a autoria, com indicação de tempo, o lugar e os elementos de convicção. Evidentemente, o cidadão poderá produzir documentos particulares e elementos de prova para corroborar a notícia-crime, de forma similar à vítima.

A participação do cidadão no campo do processo penal é importante para a melhoria da qualidade da Justiça Criminal. O Estado terá ao seu lado o povo no difícil trabalho investigatório e persecutório, com maiores chances de eficiência no combate ao crime e punição dos delinquentes.

A doutrina tem despertado para a conveniência da participação popular na investigação criminal e no processo penal, começando pela notícia dos fatos criminosos, o fornecimento de informações sobre nomes de testemunhas, o levantamento de provas periciais e até indicações de ordem técnica, além do encargo de servir como testemunha.¹³

Não constitui delito de usurpação de função pública a atividade de investigação particular, por parte da vítima, do cidadão ou até de investigador particular contratado, sendo lícito o trabalho de detetive particular, que se submete à legislação própria para a atividade profissional de prestação de serviço de investigação (Lei 3.099, de 24 de fevereiro de 1957).¹⁴ Pode caracterizar o delito de usurpação de função pública se o particular identificar-se como policial ou agir como se fosse servidor público. Exemplos de desvio e usurpação podem ser o cumprimento por particular de mandado e requisições endereçadas aos organismos públicos (busca e apreensão, prisão temporária e preventiva, interceptação telefônica, quebra de sigilo bancário e fiscal), funções públicas.

O investigador particular, a vítima, o cidadão e o indiciado não detêm poder de polícia e têm as suas atividades restritas às condições de entes privados. Evidentemente, o investigador particular não poderá invocar a condição de servidor público. Deve agir na condição de particular e obter a colaboração espontânea de terceiros na colheita de dados e documentos, sem direito ao exercício de coerção, respeitando as garantias constitucionais do investigado, sob pena de sanção penal.

Na participação popular do cidadão os organismos policiais deverão cuidar para que a atividade particular não afete o trabalho normal da polícia, que deve ser minimizado na situação de sigilo, apesar da regra ser a publicidade. A experiência demonstra que podem ocorrer excessos e desvios nesse relacionamento, em que os informantes, os “gansos” no jargão policial, passam a agir como se policiais fossem, participando de operações policiais e obtendo vantagens pessoais ilícitas, em desvirtuamento do intuito do legislador de parceria desinteressada do Estado com o cidadão. Nessa hipótese, poderá ocorrer a tipificação do delito de usurpação de função pública. Os gansos podem servir de intermediários entre os policiais e criminosos para a obtenção de vantagens indevidas por funcionários públicos (corrupção e extorsão), situação a ser reprimida penalmente.

A participação da defesa na investigação criminal poderá ser autônoma e como auxiliar da polícia. Na investigação autônoma poderá agir de forma semelhante à vítima.

13. Antonio Scarance Fernandes, Necessidade da participação popular para a efetividade da Justiça Criminal, p. 346-359.

14. Arthur Cogan entende que o detetive particular pratica o delito de usurpação de função pública (Investigação particular, Justitia nº130).

A sua atuação na investigação estatal é limitada, sendo possível requerimento de diligência (art. 14, do CPP), o acompanhamento dos atos de investigação e uma atuação ativa, caso não causar prejuízo à investigação e ao procedimento ou tratar-se de hipótese de sigilo.¹⁵

Não me parece haver restrição ao acompanhamento do inquérito policial por parte da defesa. Na prática, a defesa já acompanha o andamento das investigações, participando da colheita de depoimentos, do interrogatório do indiciado, perícias e outros atos, inclusive extraindo cópias dos atos processuais. O Estatuto da OAB permite ao advogado o ingresso nas salas e dependências de audiências, repartições cartorárias, judiciais, delegacias e prisões (art. 7º., VI, “a”, Lei 8.906, de 1994), a cópia de peças e a tomada de apontamentos de autos de flagrante e de inquérito (art. 7º., XIV, EOAB), evidentemente em situação em que não haja necessidade de sigilo, para a defesa da intimidade ou exigência do interesse social, hipóteses de restrição da publicidade dos atos processuais (art. 5º., LX, da Carta Magna).

De modo geral, a participação da defesa nessa fase é passiva, sem interferência no andamento dos trabalhos de investigação feitos pela autoridade policial¹⁶, num mero acompanhamento como espectador, para dificultar o cometimento de irregularidades e ilegalidades. Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci criticam a participação do advogado como mero espectador, pretendendo a defesa técnica ampla.¹⁷

Se não houver prejuízo às investigações e ao rápido desfecho da apuração, a autoridade policial pode permitir a atuação ativa da defesa, numa participação efetiva, com o acompanhamento regular dos trabalhos e até mesmo com a realização de reperguntas às testemunhas ouvidas pela autoridade policial, elaboração de quesitos periciais e pedidos de esclarecimentos e críticas aos trabalhos, em verdadeiro contraditório.¹⁸ Seria um contraditório mitigado.

Como outro lado da moeda, essa ativa participação e exercício da ampla defesa e do contraditório na fase investigatória pela defesa possibilitariam a maior e mais forte utilização judicial desses elementos para o julgamento da ação penal e um aumento da credibilidade desses dados para a formação do livre convencimento do juiz. A defesa não poderia alegar racionalmente a falta de exercício dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa...

É bom que se destaque que o direito de participação da defesa deve ser limitado aos atos processuais em que o seu conhecimento não inviabilize o ato investigatório nem torne inócua a medida. Por exemplo, se a defesa tivesse conhecimento prévio de escuta telefônica ou outra interceptação de comunicação do indiciado certamente a medida seria malsucedida, porque

15. Em relação à participação da defesa, contraditório e ampla defesa vide Santin, *op. cit.*, *passim*.

16. Inadmissível que a interferência da defesa seja excessivamente ativa, ativíssima, a ponto de ser concedido ao advogado o poder de ditar ao escrivão o interrogatório do investigado ou o depoimento de testemunha na eventual ausência ou omissão da autoridade policial. Essas distorções podem se concretizar na realidade, mas merecem combate constante.

17. Devido processo legal e tutela jurisdicional, p. 26.

18. O delegado de polícia paulista Wagner Adilson Tonini, ao propor a criação de defensorias públicas junto às delegacias, noticia a existência na prática de “contraditório informal” no inquérito, permitido por algumas autoridades policiais em certos casos (Defensorias e contraditório informal nos procedimentos iniciais de polícia judiciária, Boletim IBCCrim nº61, p. 16).

nada seria captado de útil para a investigação. Se a defesa soubesse antecipadamente da busca e apreensão de material delituoso na casa do indiciado ou outro local poderia providenciar a retirada dos objetos ou a mudança de local tornando inócua a providência.

A participação da defesa na investigação criminal (procedimento inquisitório) não pode ser considerada um direito absoluto e obrigatório, porque não incluída no direito individual do acusado que determina o contraditório e ampla defesa no processo judicial ou administrativo (art. 5º., LV, CF), mas mera faculdade – dependente de deferimento da autoridade investigante —, exercitável por empenho próprio da defesa e sem os rigores e vícios típicos dos atos processuais judiciais que exigem a efetiva participação da defesa, sob pena de nulidade. Com ou sem a participação da defesa, os atos de investigação seguem normalmente.

Anotese que a jurisprudência dos tribunais superiores é pacífica e segura em relação à inexigibilidade do contraditório e ampla defesa no inquérito policial e outros procedimentos investigatórios estatais.

O E. STF tem entendido que “a investigação policial – que tem no inquérito o instrumento de sua concretização – não se processa, em função de sua própria natureza, sob o crivo do contraditório, eis que é somente em juízo que se torna plenamente exigível o dever estatal de observância ao postulado da bilateralidade e da instrução criminal contraditória” (RECR 136.239/SP, Rel. Celso de Mello, DJ 14.08.92, pág. 12.227, Ement. vol. 1.670-02, pág. 391, RTJ vol. 143-01, pág. 306)¹⁹ ou no que “respeita ao inquérito policial, não estando a ação penal ainda instaurada, não há invocar o princípio do contraditório a legitimar o procedimento penal” (HC 71.438-RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, 2ª. T., j. em 07.06.94, DJ 06.06.97, pág. 24.868, Ement. vol. 1.872-04, pág. 663).

Sobre a ampla defesa, tem-se entendido que “a prerrogativa inafastável da ampla defesa traduz elemento essencial e exclusivo da persecução penal em juízo” (Rel. Celso de Mello, HC 69.372/SP. Precedente: RE 136.239/SP).

O E. Superior Tribunal de Justiça segue a mesma linha, decidindo que não cabe o contraditório no inquérito policial, mas apenas na ação penal (RHC 3.923, Min. Pedro Acioli; RHC 3.893, Min. Edson Vidigal; RHC 2.360, Min. José Dantas), por ser o inquérito peça informativa (RHC 1.875 e 1.492, Min. Edson Vidigal; RHC 1.703, Min. José Dantas), inclusive dispensável (RHC 1.393, Min. Assis Toledo).

Portanto, o procedimento de investigação deve ser inquisitivo e sigiloso quando necessário para o atingimento da finalidade do procedimento, sendo o exercício da defesa facultativo, porque ainda não há obrigatoriedade de contraditório e de ampla defesa na fase antecedente à ação penal.

A investigação criminal deve ser desburocratizada e instrumentalizada de forma simples e célere, sendo adequada a apuração sumária, em fase de criação legislativa, para permitir a imediata análise do Ministério Público e a formação do seu convencimento sobre o desencadeamento da ação penal ou o arquivamento do caso.

19. No mesmo sentido: HC 69.372/SP, Rel. Celso de Mello, 1ª. T., j. em 22.09.92, DJ 07.05.93, p. 8.328, Ement. v. 1.702-03, p. 386.

IV - Conclusão

Tendo em vista tais fundamentos jurídicos, concluo:

- 1) O principal obstáculo do acesso à justiça na esfera criminal relaciona-se à investigação criminal, que pode ser minimizado pela ampliação dos entes legitimados a investigar.
- 2) A investigação criminal não é monopólio estatal nem das polícias federal, civil e militar, em consonância com o princípio da universalização da investigação criminal e da prestação integral e eficiente de segurança pública.
- 3) O Ministério Público pode proceder aos atos de investigação criminal, com a utilização de procedimento administrativo autônomo ou do próprio inquérito policial.
- 4) A vítima, o indiciado e a defesa têm possibilidades de elaboração de atos de investigação criminal e de participação dos atos não sigilosos promovidos pelos órgãos estatais.
- 5) O contraditório e a ampla defesa não são obrigatórios no procedimento de investigação, mas podem ser permitidos quando não prejudicarem o andamento das investigações ou não seja necessário o sigilo.
- 6) A investigação criminal deve ser desburocratizada e instrumentalizada de forma simples e célere, para permitir a imediata análise do Ministério Público e a formação do convencimento sobre o desencadeamento da ação penal ou o arquivamento do caso.

V - Referências bibliográficas

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COGAN, Arthur. Investigação particular, in *Justitia* nº130, 3º trimestre de 1985.

FERNANDES, Antonio Scarance. Necessidade da participação popular para a efetividade da Justiça Criminal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel & WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 346-359.

_____. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FREITAS, Silvana de. Supremo tende a reconhecer apreensões. *Folha de S. Paulo*, caderno 1, p. 8, ed. 22.04.99.

FREYESLEBEN, Marcio Luís Chila. *O Ministério Público e a polícia judiciária: controle externo da atividade policial*. 2ª. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

LIMA, Marcellus Polastri de. *Ministério Público e persecução criminal*. Rio: Lumen Juris, 1997.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 1.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do Promotor de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 1995.

SANTIN, Valter Foletto. *O Ministério Público na investigação criminal*. Dissertação de mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1999.

TONINI, Wagner Adilson. Defensorias e contraditório informal nos procedimentos iniciais de polícia judiciária. In: *Boletim IBCCrim* nº61, dezembro/1997, p. 16.

TUCCI, Rogério Lauria Tucci & TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: RT, 1993.

TESE 17

A PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO DOS ACIDENTES AERONAUTICOS

Mário Luiz Sarrubbo

Promotor de Justiça – São Paulo

O Brasil é um país de dimensões continentais. As longas distâncias entre suas principais capitais estimularam o desenvolvimento da aviação. Nosso espaço aéreo é hoje considerado como um dos mais movimentados do mundo.

Nossas principais capitais, por outro lado, sempre de grandes dimensões, vem experimentando espantoso aumento no tráfego de helicópteros. São Paulo, por exemplo, encabeça a lista das cidades com maior número de helicópteros em operação em todo o mundo.

Não é de espantar, portanto, o crescente aumento do número de acidentes envolvendo essas aeronaves. Muito recentemente, a cidade de São Paulo foi o palco do maior acidente aéreo do país, com a queda do *Fokker 100* da empresa aérea *TAM* no bairro do Jabaquara, nas imediações do Aeroporto de Congonhas. No mês de junho, uma aeronave de pequeno porte caiu sobre casas no bairro do Campo Belo, nas imediações do mesmo Aeroporto. Em dezembro último, outra aeronave de pequeno porte caiu sobre casas no bairro de Santo Amaro, também nas imediações do citado aeródromo.

A investigação desses acidentes, de acordo com o art. 86 do Código Brasileiro do Ar, e em conformidade com o disposto no art. 86 da Lei 7565, de 19 de dezembro de 1986, compete ao *Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos - CENIPA*, a quem incumbe o planejamento, orientação, coordenação e execução de atividades de investigação e prevenção de acidentes com aeronaves.

Na prática, é instituída uma comissão de investigação, composta por militares da aeronáutica, por representantes da empresa aérea envolvida, por profissionais do sindicato dos aeroviários, bem como por técnicos da empresa fabricante da aeronave.

Essa comissão, ao final dos trabalhos, elabora um relatório de caráter sigiloso. Por outro lado, estabelece o Código Brasileiro do Ar que na hipótese da referida comissão constatar a prática de eventual infração penal, será comunicada a autoridade policial para as providências cabíveis.

Sustentamos, no entanto, como indispensável a presença de um membro do Ministério Público em todas as comissões de investigação instauradas para apuração de acidentes aéreos.

Com efeito, a Constituição Federal, em seu art. 129, I, conferiu ao Ministério Público, privativamente, a promoção da ação penal pública na forma da lei. O mesmo diploma, por outro lado, mais precisamente no art. 144, conferiu às polícias federal e estadual, as funções de polícia judiciária, sem no entanto conferir a essas instituições exclusiva titularidade no desempenho dessas funções. Os dispositivos mencionados, demonstram com extrema clareza que a intenção do legislador constitucional não foi monopolizar a investigação criminal para esta ou aquela instituição, não havendo, portanto, qualquer impedimento à participação do Ministério Público, de forma direta ou indireta, em qualquer espécie de investigação, inclusive aquela relacionada aos acidentes aeronáuticos.

É certo que a investigação dos acidentes aéreos deve contar com profissionais especializados e que deve haver, até por motivo de segurança nacional, certo sigilo nos seus trabalhos. Não menos certo é, no entanto, que esse sigilo não pode prevalecer em momento algum com relação ao trabalho da polícia judiciária/Ministério Público e, notadamente ao seu final, devendo ser dada publicidade às suas conclusões, até para que haja adequado controle social. Vale lembrar que função institucional do Ministério Público, de acordo com o art. 129, VIII, é também a requisição de diligências investigatórias, inclusive perante outras autoridades públicas.

A competição que se verifica entre as empresas aéreas, de grande e pequeno porte, como é comum em qualquer ramo de atividade econômica, pode levar a certo descuido no item segurança, descuido este que por certo terá seus reflexos na esfera penal.

Eventual negligência na manutenção, treinamento ou operação de aeronaves, muitas vezes alcançam relevância penal, notadamente quando se considera que os acidentes aéreos, em sua grande maioria, contam com a participação humana.

Ora, se assim é, se os acidentes aéreos, mesmo que de médias proporções, colocam em risco a vida humana, se o Ministério Público tem como função institucional a promoção da ação penal pública, bem como a execução e requisição de diligências tendentes à elucidação de infrações penais, de fundamental importância a presença de um Promotor de Justiça nas comissões de investigação instauradas pelo *CENIPA* para apuração das causas dos acidentes aéreos.

A solução, por certo importará numa maior transparência e credibilidade social aos trabalhos da referida comissão, que passará a contar com um membro do Ministério Público, legítimo representante da sociedade, também interessada na lisura e idoneidade da investigação.

Conclusão:

Acerca do tema e das considerações supra expostas, extraímos as seguintes conclusões;

I – Não há monopólio das comissões de investigação instauradas pelo *CENIPA* na apuração das causas de acidentes aéreos de qualquer espécie;

II – O Ministério Público pode e deve requisitar dos membros da referida comissão as

informações e documentos, sigilosos ou não, que entender pertinentes à investigação de eventual infração penal;

III – Essa comissão deve ser composta através de critérios previstos em lei e deve contar em seus membros com um representante do Ministério Público, defensor da sociedade e titular da ação penal que, juntamente com os profissionais técnicos, terá todas as condições de investigar a eventual ocorrência de crime (doloso ou culposo) nos acidentes aeronáuticos.

TESE 18**PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PELA JUSTIÇA FEDERAL-CONVENIÊNCIA DO GOVERNO FEDERAL**

Nadir de Campos Júnior

13º Promotor de Justiça do I Tribunal do Júri
do Estado de São Paulo

Cumpre proceder à abordagem dessa tese sob os seguintes enfoques: a) a proteção no âmbito nacional; b) a proteção no âmbito internacional; c) o plano nacional de direitos humanos; d) nossa conclusão.

I - No âmbito nacional:

Tendo ratificado a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, o Governo Brasileiro vem submetendo à apreciação do CERD (órgão de supervisão da Convenção, conhecido por referidas iniciais em inglês), relatórios periódicos que visam proporcionar ao Comitê, uma visão mais elástica e atual da real situação de nossa “democracia racial”, bem como da política governamental de combate à discriminação.

Os relatórios anteriores do Brasil ao CERD foram elaborados sob a égide da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969. Com o advento da nova Carta Magna em 1988, forçoso reconhecer a vontade do legislador constituinte em fazer exigir a dogma constitucional o princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4.º, II, CF).

Pode-se observar, assim, predisposição do legislador em criar instrumentos de proteção aos direitos humanos determinados nos parágrafos 1.º e 2.º do artigo 5.º da Constituição Federal, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” e que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. A Constituição Brasileira, em última análise, conferiu tratamento especial aos direitos humanos, reconhecendo a sua universalidade e eficácia imediata, constituindo modelo no tratamento dos direitos humanos.

Partindo-se dessas localizações constitucionais, convém destacar um novo comportamento que veio a integrar a concepção contemporânea de cidadania. Falamos do chamado “processo de especificação do sujeito de direito”, em razão do qual deixa o mesmo de ser visto como uma abstração e passa a ser concebido em sua especificidade, em sua peculiaridade.

Sob este aspecto, conclui a Doutora **FLÁVIA PIOVESAN** que “cabe ao Estado instituir políticas públicas que introduzam um tratamento diferenciado e especial para os grupos que, por exemplo, sofram forte padrão discriminatório” (in, Temas de Direitos Humanos, p. 229)

II - No âmbito internacional:

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, referida no item anterior, representou para o Brasil um verdadeiro marco na criação de instrumentos jurídicos de proteção dos direitos humanos.

Foi assinada em Nova York, em 07 de março de 1966, aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 23, de 21 de junho de 1967, e ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968 e entrou em vigor em nosso país em 04 de janeiro de 1969, sendo finalmente promulgada pelo Decreto n.º 65.810, em 08 de dezembro de 1969, e publicada no D.O. U. de 10 de dezembro de 1969.

Reconhece o Estado Brasileiro que a proteção dos direitos básicos à pessoa humana não se esgota na atuação do Estado. Os instrumentos internacionais de proteção passaram a ser uma garantia adicional desses direitos e fortaleceram a capacidade processual das vítimas de violação dos direitos fundamentais.

Neste contexto, além da Convenção supra, entre outras, o Brasil assinou e ratificou a Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (Dec. Legislativo n.º 2 de 1951); Convenção sobre Eliminação da Discriminação contra a Mulher (Resolução 2.263 de 1967); aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, denominado Pacto de San José da Costa Rica (25 de setembro de 1992); e aderiu à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a violência contra a mulher (27 de novembro de 1995).

II.1 - Impacto das Convenções Internacionais no Direito Pátrio:

Tendo em vista a relevância destas fontes mediatas de Direito, mister avaliar o impacto jurídico do Direito Internacional dos Direitos Humanos sobre o Direito brasileiro. Esta análise remete a toda e qualquer consequência jurídica possível decorrente da incorporação de normas internacionais de direitos humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Exemplifica-se o decreto n.º 678 de 6 de novembro de 1992, conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, ao qual o Supremo Tribunal Federal decidiu por apenas um voto que constitui-se em lei ordinária.

Um primeiro impacto decorre da reprodução no texto constitucional de disposição de tratados internacionais de direitos humanos (ex.: princípio do estado de inocência do réu, artigo 5.º, LVII, CF, cc. artigo XI da Declaração Universal, artigo 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e artigo 8.º da Convenção Americana), a refletir a busca do legislador em

equacionar o Direito interno, de modo que se ajuste, com harmonia e consonância às obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado brasileiro.

Um segundo impacto decorre do alargamento do universo dos direitos nacionalmente garantidos. Com efeito, os tratos internacionais de direitos humanos reforçaram a Carta de direitos previstos constitucionalmente, inovando-a, integrando-a e completando-a com a inclusão de novos direitos. Assim, por exemplo, o direito de não ser submetido a experiências médicas ou científicas sem consentimento prévio do próprio indivíduo (art. 7.º, segunda parte do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos).

Vislumbra-se, por derradeiro, um impacto de natureza política-jurídica, que passa a ser objeto de um sub-item específico.

II.2 - Corte Interamericana de Direitos Humanos (Competência):

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições da Convenção que lhes sejam submetidas, por Estados-Partes que tenham reconhecido a sua competência, por declaração ou convenção especial (art. 62.3, da Convenção).

A organização, competência e funções vêm disciplinadas nos artigos 52 e seguintes da Convenção. Qualquer pessoa (física ou jurídica), grupo de pessoas ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um Estado-Membro da OEA têm legitimidade ativa para acionar a Comissão através de petições que contenham denúncias ou queixas de violação da Convenção por um Estado-Parte (art. 44).

Em princípio, apenas um Estado-Parte que ratificou ou aderiu à Convenção tem legitimidade para figurar no polo passivo do processo perante a Comissão. Um organismo terrorista não pode figurar no polo passivo. Inadmissíveis, também, as reclamações contra pessoas naturais ou jurídicas de direito privado.

A aceitação da competência pode ser por tempo indefinido, definido ou para casos específicos (art. 45, parágrafo 3º, da Convenção). Com relação aos Estados-Membros da OEA que não ratificaram a Convenção, a Comissão pode agir na forma prevista no art. 20 do Estatuto da Comissão, em face dos direitos humanos avençado na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (arts. I, II, III, IV, XVIII, XXV e XXVI).

III - Plano Nacional de Direitos Humanos (Federalização dos Crimes contra os Direitos Humanos)

Algumas violações graves de direitos humanos ocorridas em nosso país, inclusive com repercussões no plano internacional, têm levado o Brasil a situar-se na posição de verdadeiro “réu” perante a comunidade internacional.

Cita-se, a título de exemplos: “Caso do Carandirú”, com 111 presos mortos por agentes

da Polícia Militar do Estado de São Paulo; “Caso do 42º. DP”, com a morte de 18 presos asfixiados por agentes Policiais Civis do Estado de São Paulo; “Caso Eldorado dos Carajás”, em que se observou a morte de dezenas de trabalhadores, denominados “sem-terra”, por membros da corporação militar do Estado do Pará.

De se destacar, sob o prisma jurídico, que em razão do chamado pacto federativo (art. 60, parágrafo 4º., inciso I, CF), os órgãos federais (Polícia, Ministério Público e Judiciário), não têm competência para averiguar crimes graves que atentem contra os direitos da humanidade.

Entretanto, sob o prisma da política internacional, patente que em razão da peculiar lentidão da Justiça na solução desses casos, sobreveio pressão de organizações não-governamentais com denúncias em relação ao Brasil junto à OEA (Organização dos Estados Americanos), o que levou os países mais desenvolvidos a influenciar o governo a criar mecanismos mais profícuos de combate a esta criminalidade específica.

Conta com a simpatia do Deputado e autor **HÉLIO BICUDO**, iniciativa da Presidência da República que encaminha à apreciação do Congresso Nacional projeto de emenda constitucional ao art. 109, CF, (P.E.C. n. 368, de 1.996), que federaliza crimes contra a humanidade - crime contra os direitos humanos, assim como as ações civis correlatas (in, Direitos Humanos e sua Proteção, ed. FTD., Cit. pg. 153).

Quanto ao Ministério Público Federal, ao qual incumbe a persecução penal, surgiu em decorrência do XV Congresso Nacional da Instituição, proposta que já tramita no Congresso Nacional de projeto de lei (PL n. 2.785/97), que inclusive prevê a criação de novos cargos de Procurador da República para tal finalidade (in, Boletim IBCCRIM n. 081, agosto/1999, pg. 06/07).

Mister ressaltar que nos Estados Unidos, os crimes contra direitos civis, em particular, são julgados pelas cortes federais. E foi graças a essa competência federal que não ficou impune o espancamento e morte, em 1.991, por policiais de Los Angeles, de Rodney King, um cidadão negro que havia sido detido por dirigir em velocidade excessiva.

Não obstante todas as evidências (o fato, aliás, tornou-se célebre porque as cenas de espancamento foram filmadas), esses policiais, no julgamento realizado pela Justiça Estadual, foram absolvidos da prática de brutalidades, provocando grande revolta na população negra e sangrentos tumultos, nos quais morreram várias pessoas. Todavia, com a possibilidade de abertura de um segundo caso, desta vez por violação à lei dos direitos civis, os policiais foram processados e condenados por uma Corte Federal.

Similarmente ao que se deu nos Estados Unidos, vem-se formando no Brasil uma consciência no sentido da necessidade de se atribuir às autoridades federais competência para a apuração dos casos de violação dos direitos humanos, praticados com o envolvimento de policiais estaduais (**MÁRIO LUIZ BONSAGLIA** - in Jornal da AJUFESP, Ano 2, Edição n. 08, pg. 08/09).

Em sentido contrário, sustenta-se que a proposta de emenda constitucional se mostra, na verdade inconstitucional, tanto por ferir o princípio do juiz natural (art. 5º., LIII, CF), bem como, sob o argumento de que, retirando competência dos Estados-membros, feriria cláusula pétrea da Carta Magna (art. 60, parágrafo 4º., inciso I, CF), chamado pacto federativo, em razão do qual a União não poderia intervir em matéria, inclusive jurisdicional, da competência dos Estados-membros.

IV - Nossa Conclusão:

Vimos a posição do Governo Federal de patrocinar a federalização dos crimes contra os direitos humanos como postura de mera conveniência. Afora os embasamentos estabelecidos no plano legal (acima expostos), observamos que no plano político-institucional, tal postura governamental representa o ofuscamento da independência do Poder Judiciário e do Ministério Público a nível estadual.

Significa dizer à opinião pública que tais instituições estaduais não tem correspondido a ânsia de justiça das comunidades locais pelo que se apresenta a alternativa da federalização. Por outro lado, ao tratar do assunto, sustenta **ANDREI KOERNER** que: *“Eu penso que o projeto de organização de um Poder Judiciário independente, que dispõe de garantias contra pressões externas, provenientes da política, já foi realizado. Esse projeto se realizou no processo que vai do período final do Império à Constituição de 88. Assim, apesar de algumas situações estaduais complicadas, podemos considerar hoje como um dado, a existência de um Poder Judiciário independente, gozando de uma autonomia externa, nos seus variados ramos e órgãos, nas várias regiões do país.”* (in, Direitos Humanos - Visões Contemporâneas - Associação Juizes para Democracia - 10 anos - pg. 187/188).

Por outro lado, quanto ao órgão do Ministério Público, é inegável que a Carta Magna de 5 de outubro de 1988 também conferiu ao “Parquet” ímpar conformação constitucional, no conserto das instituições democráticas, não somente acomodando-o em capítulo a parte dos demais poderes estatais como instituição permanente, essencial à função jurisdicional (artigo 127 da Constituição Federal), mas também erigindo a dogmas constitucionais seus princípios e atribuições (artigo 128 e 129), até então encartados em legislação infra-constitucional.

A instituição ganhou envergadura sendo conferido à União e aos Estados, mediante leis complementares cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecer a organização, as atribuições e o Estatuto de cada Ministério Público (artigo 128, parágrafo 5º da Constituição Federal).

Forçoso reconhecer que ofuscada a autonomia e independência funcional do Ministério Público da União ao estabelecer o legislador constituinte que o Procurador-Geral da República deve ser nomeado diretamente pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira após aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal (artigo 128, parágrafo 1º da Constituição Federal).

No que concerne à atuação ministerial na área criminal, diante das novas balizas constitucionais, observo que o órgão do Ministério Público deve desempenhar não só a função de formal acusador, determinado a restabelecer a ordem jurídica, eventualmente violada pela prática da infração penal, mas também uma função democrático-pedagógica, demonstrando, através de sua atuação processual, à sociedade e ao próprio infrator, que o Estado exerce sua soberania e seu poder repressivo, segundo aquele *due process of law*, sem o uso de mecanismos espúrios de persecução penal, que possam levar o observador isento e leigo em matéria de Direito a suspeitar da lisura da atuação ministerial, quer quando promova a ação penal, quer quando apresente razões de arquivamento do procedimento administrativo.

De qualquer sorte, entendemos que a proteção federal dos direitos civis, em particular, pelas cortes federais tal qual ocorre nos Estados Unidos representa amesquinhar as funções dos órgãos estaduais acima mencionados. Não bastasse vislumbro objeções de imprecisão na definição da competência dos órgãos federais tal qual impressos no P.E.C. n° 368 de 1996 de autoria do Executivo encaminhado ao Congresso Nacional em decorrência do Plano Nacional de Direitos Humanos ao acrescer dois novos incisos ao artigo 109 da Constituição Federal para fixar a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento dos “crimes praticados em detrimento de bens ou interesses sob a tutela de órgão federal de proteção dos direitos humanos”, bem como, das “causas cíveis ou criminais nas quais órgão federal de proteção dos direitos humanos ou o Procurador Geral da República manifeste interesse”.

Melhor caminho seria o do mais intenso aparelhamento dos órgãos da Justiça e do Ministério Público dos Estados para que não se pudesse passar ao conjunto da sociedade a sensação de ineficácia no combate por estes órgãos dos crimes contra os direitos humanos, nem mesmo que a singela e conveniente federalização desses crimes por iniciativa do Governo Federal seria suficiente para a obtenção dos fins almejados.

TESE 19

TIPO PENAL E PROCESSO PENAL

Geraldo Batista de Siqueira

Procurador de Justiça/GO

Professor de Direito Penal e Processual Penal – UCG

Marina da Silva Siqueira

Promotora de Justiça/GO

Escritora e Poetisa

Henrique Barbacena Neto

Procurador de Justiça/GO

Professor

Sarah Siqueira de Miranda

Cientista Social

Miguel Batista de Siqueira Filho

Promotor de Justiça/TO

Kênia Dorneles

Assessora de Procurador de Justiça

Ministério Público do Estado de Goiás

Sumário:

I – INTRODUÇÃO: INFLUÊNCIA DA CONFIGURAÇÃO DO TIPO PENAL SOBRE A CONFISSÃO

II - CONFISSÃO: CONCEITO E OBJETO

III - AUTORIA

IV – DIVISÃO DA CONFISSÃO: SIMPLES E QUALIFICADA

V - CONFISSÃO E OS COMPONENTES ESTRUTURAIS DO TIPO

V.1 - TIPO OBJETIVO

V.2 – TIPO NORMATIVO: ASPECTOS JURÍDICOS E CULTURAIS

V.3 – TIPO SUBJETIVO: DOLO E OUTROS ELEMENTOS SUBJETIVOS

VI – A CONFISSÃO NO CONTEXTO DA TEORIA FINALISTA DA AÇÃO

VII – CONFISSÃO DO ACUSADO E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

VIII – CONCLUSÕES

I – INTRODUÇÃO: INFLUÊNCIA DA CONFIGURAÇÃO DO TIPO PENAL SOBRE A CONFISSÃO

O tipo penal e a confissão guardam, entre si, estreita relação, sofrendo a última total influência do primeiro, seu conteúdo integrador. A confissão, conseqüência do interrogatório (art. 187, inc. V, do CPP), tem por fonte o interrogatório, conforme oportuna expressão de JOSÉ FREDERICO MARQUES¹, lembrando o mestre paulista o disposto no art. 190, do CPP, segundo o qual, infere-se que a confissão incide sobre a autoria do fato típico, objeto da imputação, conforme veremos em números posteriores.

Inserida no título da prova, Capítulo IV, bem assim no Projeto 83, arts. 273/276, a confissão não decorre do interrogatório, com a simplicidade, que muitos lhe atribuem. Bem pelo contrário. A interpretação do que seja um ato de confissão relaciona-se com a composição estrutural da figura típica, que se quer ver reconhecida. Ganha em complexidade o entendimento desse ato probatório, à medida que o material de trabalho teria um tipo rico em elementares, como dado referencial.

Bem mais simples a avaliação do resultado do interrogatório em tipo penal, como o homicídio (art. 121, do CPB), comparada à confissão em tipos plenos de elementares e de natureza diversificada.

Aceita-se, para o agente, como confissão sua, a resposta afirmativa, o sim, a título de sedução, por exemplo, pelo fato de o mesmo ter consumado relação sexual com mulher virgem, mesmo maior de 14 (quatorze) e menor de 18 (dezoito) anos de idade? Para muitos, lamentavelmente, seria a resposta, no entanto, desastrosamente falsa.

O equívoco tem sua explicação na ausência do mais elementar conhecimento do significado do tipo penal em face da confissão.

II – CONFISSÃO: CONCEITO E OBJETO

Entende-se por confissão, no sempre douto magistério de TOURINHO FILHO, o reconhecimento feito pelo imputado da própria responsabilidade².

A delimitação do âmbito dessa responsabilidade informa a relevante discussão acerca do objeto da confissão.

TORNAGHI, em seu Compêndio, define a confissão como “*a admissão, pelo réu, da autoria do crime*”³. A definição traduz bem o que vem a ser confissão, desde que tomemos o

1. MARQUES, José Frederico – Elementos de Direito Processual Penal, II/329, N.º 438;

2. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa – Processo Penal, 6ª Edição, 3/245;

conceito de crime restritivamente, resumido apenas ao fato típico, primeiro aspecto do crime.

Dentro do presente estudo sobressai o tema, objeto da confissão, para o qual converge a finalidade do trabalho.

A questão versa, portanto, sobre o objeto da confissão, seu conteúdo ou sua extensão, aspecto sem dúvida estreitamente ligado às características penais do tipo ao qual se refira. Aliás, o tema é comum ao objeto da prova, em geral, que se identifica com a veracidade da imputação feita ao réu com todas as circunstâncias, como ensina TORNAGHI em INSTITUIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL PENAL⁴.

Mais técnico, CAMARGO ARANHA, em recente monografia, muito bem elaborada, por sinal, sobre a prova, dá a seguinte lição sobre o objeto da prova: *“o que se confessa é a autoria de um fato”*⁵. A seguir, na mesma página, acrescenta o professor e magistrado paulista: *“Não se confessa a existência de um fato, nem o elemento subjetivo, mas apenas a autoria”*. Mais abaixo, completa: *“A confissão incide sobre a autoria de um fato”*, conclusão da qual discordamos, em parte, a partir do enfoque que dermos aos conceitos de fato e autoria, que se interpenetram.

Por fato, que seria o objeto exclusivo da confissão, entende-se o fato típico, na diversidade de suas elementares, inclusive o elemento subjetivo básico que é o dolo, na concepção moderna e atual do tipo, formulada através da teoria finalista da ação. O fato, mencionado, transcende os limites da pura objetividade, como dado meramente descritivo. Não se circunscreve ao fato bruto, de que fala ROBERTO LYRA FILHO⁶.

Objeto da confissão é a imputação, é o fato constitutivo do crime, escreve o saudoso MAGALHÃES NORONHA em seu CURSO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL⁷.

Finalmente, JOSÉ FREDERICO MARQUES: objeto da confissão é o que vem descrito na imputação⁸.

Nosso Código de Processo Penal, arts. 188, inciso V, e 190, consagra a autoria da imputação como o objeto da confissão, no que é repetido através do Projeto 83, arts. 275 e 276, § 1º.

Tudo muito pacífico até agora. O objeto da confissão é a imputação. Confessa o réu, quando reconhece ser verdadeira a imputação que lhe é feita.

Mas, quando é verdadeira a imputação, que vem no contexto do ato acusatório? *A veracidade da imputação só se compatibiliza com a realização da totalidade do tipo e a resposta à indagação posta.*

Não são raras as “confissões”, que não refletem a deliberação dos interrogados. Respondem, afirmativamente, porque não lhe explicam o conteúdo e o significado da indagação, notadamente o termo imputação.

Outras vezes, o réu, quando interrogado, nega ter o conhecimento da condição de funcionário público da pessoa que o atende, mas diante de sua confirmação de oferta de propina

3. TORNAGHI, Hélio – Compêndio de Processo Penal, III/842;

4. TONAGHI, Hélio – Instituições, 2ª Edição, 1977, 3/430;

5. CAMARGO ARANHA, Adalberto José G. T. de – Da Prova no Processo Penal, p. 63, n.º 2.4;

6. LYRA FILHO, Roberto – Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria, p. 282;

7. NORONHA, Edgar Magalhães – Curso de Processo Penal, 10ª Edição, p. 108;

8. MARQUES, José Frederico – Obra e páginas citadas;

ao funcionário público tem-se por consumada a confissão da corrupção ativa, a despeito da carência da elementar subjetiva, que consiste no conhecimento da condição de funcionário público, aspecto intelectual do dolo. O réu, mesmo confirmando o oferecimento indevido, mas atribuindo-o ao desconhecimento da elementar normativa, acima mencionada, não confessa o crime de corrupção ativa, mesmo ao afirmá-lo apenas parcialmente, o que descaracteriza por inteiro a confissão pretendida.

Fato ou crime, conforme a precisão terminológica, na sua integralidade e cuja autoria se procura, é o objeto da confissão, resultado do interrogatório.

Para complementação, vejamos o que se pode compreender por autoria.

III – Autoria

Em trabalho que elaboramos para a JURISPENAL do STF e para a REVISTA DOS TRIBUNAIS afirmamos que autoria é a atividade do agente, traduzida na realização do *tipo penal*⁹.

Para JOHANNES WESSELS a base da autoria está no tipo penal¹⁰, seguindo a mesma orientação do mestre alemão, REINHART MAURACH, quando define autor como a pessoa que leva a cabo a ação executória legalmente tipificada, isto é, quem realiza as características legais do tipo¹¹.

Confessando a autoria, esta incidirá, necessariamente, sobre o tipo, mas em toda sua extensão, alcançando os aspectos **objetivos, normativos e subjetivos** do mesmo. O tipo normal e o tipo anormal. Aliás, considerando as mais modernas concepções acerca da colocação do dolo na economia do delito, não resta mais nenhum tipo normal, sustentado, tão-somente, em bases materiais, objetivas, como era comum exemplificar-se com o tipo homicídio.

A autoria de um fato típico, que o réu confessa, tem seus contornos, seu delineamento no reconhecimento de que o praticou na abrangência material, normativa e subjetiva. Negada uma dessas características, ainda que confirmada a imputação quanto às demais, têm-se a negativa de autoria, posto que esta, como já ficou assinalado, é a atividade do agente, traduzida na realização do tipo penal.

9. SIQUEIRA, Geraldo Batista de - Adulterio, Crime Plurissubjetivo, Eventualmente Delito Monossubjetivo - Reflexos na Ação Penal Privada - Jurispenal do STF, 45/21; Revista dos Tribunais 570/279 e Revista Jurídica 98/129;

10. WESSELS, Johannes - Direito Penal- Parte Geral, p. 116;

11. MAURACH, Reinhart - Tratado de Derecho Penal, II/303;

IV – Divisão da confissão: Simples e qualificada

Costumam os autores dividir a confissão em simples, qualificada, complexa, judicial e extrajudicial. No momento, interessa-nos as duas primeiras divisões, em razão do tema, objeto do presente trabalho.

Configura-se a confissão simples com o reconhecimento da autoria do fato típico, na sua globalidade, enquanto na forma qualificada, o réu, após a confissão, ou simultaneamente, opõe ao fato confessado circunstâncias várias que excluem o crime pela ocorrência de causas excludentes da antijuridicidade ou eximentes de pena. Pela confissão, mas qualificada pelo invocação de excludente de antijuridicidade e culpabilidade, o réu busca o caminho da absolvição, com respaldo no art. 386, V, do CPP.

A confissão qualificada afirma o tipo, mas nega o crime, quando exclui um de seus componentes: antijuridicidade ou culpabilidade. LOURIVAL VILELA VIANA, no entanto, depois de procurar o significado de fato típico em BELING e MAGGIORE, sustenta, contra a opinião de todos ou da maioria, que, quando o réu negar um elemento da tipicidade, ao confessar o fato, ter-se-á uma confissão qualificada. “*A é acusado de ter cometido um furto com violência (art. 155, § 4º, n.º I, CP). Ouvido, confirma a subtração, mas repudia a violência*”¹². Na mesma página cita o exemplo do réu que confirma a conjunção carnal, mas que nega o aproveitamento da inexperiência ou justificável confiança da vítima, nele acusado.

Nos dois exemplos transcritos não houve confissão qualificada, nem a confissão simples. O réu, em ambos os modelos exemplificativos, simplesmente negou a imputação a ele dirigida, ao negar parcela do tipo. No primeiro exemplo, o réu confessou um furto simples, negando, porém, o furto qualificado pelo rompimento de obstáculo à subtração da coisa, enquanto no exemplo da sedução, com a não aceitação do abuso da inexperiência ou justificável confiança, elementares sem as quais o fato perde sua tipicidade, o réu negou a imputação, visto ter este, como objeto, o fato típico, como ensina JOSÉ FREDERICO MARQUES¹³ e o fato, à mingua de dados integradores, deixou de consolidar-se.

A recusa da responsabilidade, pelo invocação da exclusão de elementos complementares do crime, se bem sucedida no curso da instrução criminal, dá ensejo ao juízo absolutório, com suporte no art. 386, V, do CPP, ao passo que a procedência absolutória, respaldada na negativa, ainda que de apenas parcela do tipo, tem seu fundamento normativo assentado no art. 386, III.

V – A confissão e os componentes estruturais do tipo

A confissão do réu subordina-se, inteiramente, à estrutura do tipo. Simples é a interpretação da confissão, dependendo da menor ou maior complexidade estrutural do tipo. Tipos temos, e em grande profusão que, ricos em dados normativos e subjetivos, exigem, no ato do interrogatório, uma resposta clara, compreensiva de todas as elementares, sob pena de não se ter uma confissão, a despeito do “**é verdadeira a imputação**”.

12. VIANA, Lourival Vilela – Da Confissão Penal, p. 83;

13. MARQUES, José Frederico – Elementos de Direito Processual Penal, II/237;

Os diversos componentes típicos interferem no conteúdo das respostas do acusado, conforme se segue.

V.1 – Tipo objetivo

Conforme veremos, oportunamente, não temos tipos meramente objetivos. Os dados objetivos, relacionados com a ação, como o tempo, meio e modo de sua execução, etc., são aspectos que se juntam a outros elementos, formando o tipo.

A afirmativa da ação típica, vista sob o ângulo exclusivo da objetividade, da materialidade, não se eleva à categoria de confissão, se não confirmados os demais componentes do tipo. Insuficiente, para a confissão da autoria de homicídio, é a aceitação da morte da vítima, pelo réu, eis que esse tipo, como todos os demais, não prescinde de mais elementar, encontrada em todas as figuras penais como o dolo ou a culpa.

A resposta afirmativa à morte de alguém, desacompanhada, entretanto, de outros requisitos, deve levar o juiz a reconhecer que o réu negou a imputação, que lhe foi endereçada, “**não confessou o crime**”, mesmo afirmando que matou alguém. Ao mesmo resultado tem que se chegar no tipo de estupro: o réu aceita a imputação da prática do ato sexual, mas nega a imputação no que toca ao dissenso da vítima, circunstância elementar nessa espécie delitiva.

5.2 – Tipo normativo: Aspectos jurídicos e culturais

Dentre os tipos que a doutrina chama de anormais, por extrapolarem os limites de mera descrição, temos os tipos normativos, que se repartem em normativos puros e normativos culturais.

A par dos elementos objetivos, o legislador insere, em várias figuras típicas, certos componentes que exigem, para a sua perfeição, um juízo de valor dentro do próprio campo da tipicidade, ensina DAMÁSIO E. DE JESUS a propósito dos elementos normativos¹⁴. Tais componentes a que se refere o mestre paulista podem ser de conotação jurídica ou apenas cultural (inevidadamente, justa causa, funcionário público).

No tipo penal, construído à base de exigência de inserção de normas jurídicas, o interrogatório do acusado deve dirigir-se no sentido de apurar-se o fato na abrangência dos dados típicos normativos, caso se queira a confissão do réu nos autos.

Se o interrogado confirma que devassou conteúdo de correspondência fechada dirigida a terceiro (art. 151, do CPB), omitindo-se, entretanto, se o fez *inevidadamente*, talvez por omissão da pergunta, não se pode ter por confessado o crime de Violação de Correspondência, em face da ausência da elementar normativa. Duvido, porém, que tal resposta não trará consequência: o registro da confissão determinada pelo magistrado. Tal registro, por outro lado, não impedirá o

14. JESUS, Damásio Evangelista – Direito Penal, 8ª Edição, 1/252;

réu de buscar a desobrigação do ônus do processo, através de um *habeas corpus*, sob o fundamento de impossibilidade jurídica do pedido (art. 41, I, do CPP).

Dezenas de novos exemplos poderiam ser trazidos, o que é desnecessário.

Outros tipos penais, que sobem a mais de dezena se perfazem na dependência de conteúdo de conotação cultural (mulher honesta, ato ou objeto obsceno, reputação, inexperiência ou justificável confiança, etc.). A confissão, em tais modelos penais, só se define se confirmados pelo réu todos os componentes do tipo, de nada adiantando, para esse fim, a resposta positiva à ação física inserida no núcleo do tipo.

Responder que manteve conjunção carnal com mulher virgem, maior de quatorze e menor de dezoito anos, não é confessar o crime de sedução, uma vez que tal comportamento é atípico, em razão da ausência da base cultural do tipo. Algumas vezes, ou a maioria delas, o réu, expressamente, nega ter ocorrido o abuso de confiança ou a justificável confiança, mas o juiz dita para o escrivão: **respondeu que é verdadeira a imputação que lhe é feita.**

Confessou o que? Confessa-se a autoria de um fato típico, inócua em tantas oportunidades, sem o protesto de ninguém, o que pode ensejar um juízo condenatório injusto.

V.3 – Tipo subjetivo: Dolo e outros elementos subjetivos

O mestre FREDERICO MARQUES, dissertando sobre o objeto da confissão, conclui que esta recai sobre fatos e acontecimentos da vida do mundo exterior **ou da vida psíquica interior.**

O reconhecimento da imputação, pelo réu, para alçar-se à categoria de confissão deve abranger o dolo, porque este integra o tipo, o tipo subjetivo, como a culpa se insere no tipo normativo.

Se o réu, no exemplo de um homicídio ou lesão corporal, inquirido ou não, nega a consciência e vontade na realização de qualquer das duas condutas, bem assim afasta a negligência, imperícia ou imprudência, esse réu terá negado a veracidade da imputação, não terá confessado a autoria do delito, em que pese confirmar a causalidade física de qualquer dos dois eventos.

O dolo, integrando-se no tipo, deve ser abrangido na resposta do réu, nos termos do art. 188, V, do CPP.

Igualmente, deve-se proceder em relação a outros elementos subjetivos, que ocorrem no tipo. Não configurada estaria a confissão de furto, se o acusado nega o *animus* de ter a coisa *para si ou para outrem*. Ainda, que o réu admita a acusação, quanto aos elementos materiais e normativos, inseridos no art. 319, do CPP, mas negando a finalidade de satisfazer sentimento ou interesse pessoal, componente subjetiva, que se acresce ao dolo, não haverá como falar em confissão. Negou-se veracidade à imputação. Aliás, é bem rara pergunta nesse sentido.

VI – A confissão no contexto da teoria finalista da ação

A confissão, como ato do autor da conduta criminal, não poderia fugir às colocações dessa posição doutrinária, que vem da teoria finalista da ação.

Deslocando-se o dolo e a culpa dos limites da culpabilidade para o contexto do tipo, através de sua inclusão na conduta, seu primeiro elemento, surge, como corolário inevitável, para a configuração da confissão, sua extensão ao dolo e à culpa. Só se tem por confessada uma infração penal, quando afirmativa a resposta quanto à presença do dolo e da culpa, animando os dados materiais do fato.

A negativa da representação e vontade, bem assim da culpa, por suas componentes, acarreta a conseqüência da frustração da confissão, eis que, tendo a confissão o tipo por objeto, incorrentes o dolo ou a culpa no conteúdo da ação, o resultado é a negativa da autoria da ação, sabido que o âmbito desta cobre todo o tipo.

Negada a imputação, em virtude da carência de dolo ou de culpa, na estrutura da conduta do réu, não terá pertinência a indagação contida no art. 188, inciso VI, mas procederá a providência do parágrafo único do mesmo dispositivo, quando o acusado se explicará à respeito da negativa da imputação por faltar-se *o dolo*.

VII – Confissão do acusado e o papel do Ministério Público

O defensor do acusado não poderá intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas, é o que se lê no art. 187, do Código de Processo Penal. Outro dispositivo, do mesmo diploma legal, prescreve: “*O juiz ao receber a queixa ou a denúncia, designará dia e hora para o interrogatório, ordenando a citação do réu e a notificação do Ministério Público e, se for o caso, do querelante ou assistente (art. 394)*”.

Atendendo-se ao princípio do contraditório, visível é a necessidade, também da defesa técnica, ao lado da acusação, ao ato processual do interrogatório. Numa interpretação literal ficaria de fora a defesa técnica, que é injunção constitucional, visto que o texto acima menciona apenas a acusação, como presença necessária, no momento do interrogatório.

A intervenção do Ministério Público, sem a pretensão de influir nas perguntas e respostas, que devem ocorrer no interrogatório, busca a melhoria da prestação jurisdicional, a concretizar-se segundo o modelo da **verdade real**, ensejando à justiça, a justa composição do litígio.

Tudo quanto ficou dito e, até muito, muito mais, pode e deve ser evitado, com a presença real do *Parquet* no ato de interrogatório. As perguntas, reperguntas, bem como as respostas do réu deve refletir o conteúdo da imputação, base material da pretensão punitiva.

VIII – Conclusões:

1 - A resposta afirmativa, segundo o disposto no art. 188, V, do CPP, presume a confissão do réu;

2 - A negativa a aspecto objetivo do fato, como o dissenso da vítima, nos crimes violentos contra os costumes, por exemplo, impede a formação da confissão;

3 – Não confirmado qualquer dado normativo do tipo, jurídico ou cultural, ainda que respondida afirmativamente a base material do mesmo, incorre o ato da confissão;

4 – O mesmo se verifica, negado o dolo ou qualquer outro elemento subjetivo do tipo, ainda que aceitas as elementares objetivas e normativas;

5 – O Ministério Público, sem forçar o disposto no art. 187, CPP, não perde a sua condição de Fiscal da Lei no ato de interrogatório para que as perguntas e reperguntas correspondam à Imputação da qual o acusado se defende, no curso da relação processual;

6 – Se o acusado, ao ser interrogado, em juízo, nega em suas respostas, aspecto ou aspectos do tipo penal, objeto da imputação a que responde, embora recebida a denúncia ou a queixa, o resultado da prestação jurisdicional apresentada deverá, forçosamente, materializar-se na improcedência da pretensão punitiva ajuizada, a vista do disposto no art. 386, III, CPP, desde que a defesa pessoal ou autodefesa, realizada, como preferem alguns, encontre amparo em suficiente suporte probatório.

IX - Bibliografia

- 01 - MARQUES, José Frederico – Elementos de Direito Processual Penal, II/329, N.º 438;
- 02 – TOURINHO FILHO, Fernando da Costa – Processo Penal, 6ª Edição, 3/245;
- 03 – TORNAGHI, Hélio – Compêndio de Processo Penal, III/842;
- 04 – TONAGHI, Hélio – Instituições, 2ª Edição, 1977, 3/430;
- 05 – CAMARGO ARANHA, Adalberto José G. T. de – Da Prova no Processo Penal, p. 63, n.º 2.4;
- 06 – LYRA FILHO, Roberto – Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria, p. 282;
- 07 – NORONHA, Edgar Magalhães – Curso de Processo Penal, 10ª Edição, p. 108;
- 08 – MARQUES, José Frederico – Obra e páginas citadas;
- 09 – SIQUEIRA, Geraldo Batista de - Adultério, Crime Plurissubjetivo, Eventualmente Delito Monossubjetivo - Reflexos na Ação Penal Privada – Jurispenal do STF, 45/21; Revista dos Tribunais 570/279 e Revista Jurídica 98/129;
- 10 – WESSELS, Johannes – Direito Penal- Parte Geral, p. 116;
- 11 – MAURACH, Reinhart – Tratado de Derecho Penal, II/303;
- 12 – VIANA, Lourival Vilela – Da Confissão Penal, p. 83;
- 13 – MARQUES, José Frederico – Elementos de Direito Processual Penal, II/237;
- 14 – JESUS, Damásio Evangelista – Direito Penal, 8ª Edição, 1/252;
- 15 – MARQUES, José Frederico – Elementos de Direito Processual Penal, II/329;
- 16 – SIQUEIRA, Geraldo Batista de – Aspectos Processuais da Teoria Finalista da Ação, in Estudos em Homenagem a Joaquim Canuto Mendes de Almeida, páginas 84/111.

TESE 20

IMPOSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA QUANDO O ACUSADO INVOCA EM SEU FAVOR UMA CAUSA EXCLUDENTE DA ANTIJURIDICIDADE.

Maria Helena da Fonte Carvalho
Promotora de Justiça – PE

I - Justificativa

O Direito em toda sua amplitude torna-se cada vez mais complexo e abrangente. Devido à intensa divergência de idéias e pensamentos dos grandes estudiosos e juristas, o mundo jurídico mostra-se enigmático, especialmente no tocante à análise das normas e leis que abrem um leque muito extenso às suas formas de entendimento e interpretação.

Particularmente no campo do Direito Penal, tal divergência apresenta-se freqüente e constantemente, ensejando ousadia e, concomitantemente, contribuindo para o avanço do pensamento penalista do ponto de vista técnico-científico.

É pois, salutar o crescimento do Direito Penal no campo do Direito Público, o que nos demonstra uma preocupação social com a situação do nosso sistema penal, especialmente no que concerne ao Código Penal, seus conceitos e imposições, os quais se mostram, algumas vezes, incompatíveis com a evolução atual. Portanto, todas as formas de indagações e interferências, no ramo penalista, são válidas, no sentido de contribuir com o próprio objetivo do estudo do Direito: a reflexão e o entendimento finalístico da norma jurídica.

I.1 - Do crime

Conceitualmente, o crime traz na sua definição os elementos tipicidade, antijuricidade e culpabilidade.

Sabido é que a tipicidade é uma relação de adequação entre o fato do homem e a norma do Direito, e tem a função de dar segurança jurídica às relações pessoais. O juízo da tipicidade

apenas, não é suficiente para verificar se determinada conduta é criminosa ou não. Em geral a conduta típica é antijurídica, salvo os casos de exclusão da ilicitude, como é o caso da legítima defesa por exemplo. A antijuridicidade (ou ilicitude) conceitua-se como a relação de contradição entre o fato do homem e a norma do Direito. Esta relação é expressada no juízo do magistrado que pode considerar determinado fato contrário ao Direito. Na relação de antijuridicidade os objetos relacionados são a conduta humana e a norma do Direito. A tipicidade diferencia-se da antijuridicidade vez que a primeira é o juízo de adequação da ação humana ao tipo penal, e a segunda implica no juízo de reprovação da ação que é contrária à norma jurídica. Um outro elemento criminógeno é a culpabilidade e o seu juízo, é derivado da tipicidade e da ilicitude. É a culpabilidade um juízo de reprovação penal (subjetivo), feita a um autor de um fato típico e antijurídico, porque, podendo comportar-se conforme o direito, opta livremente em conduzir-se contrariamente.

I.2 - Da pena

Pena é a consequência jurídica do crime.

Celso Delmanto diz que: “Pena é a imposição da perda ou diminuição de um bem jurídico, prevista em lei e aplicada, pelo órgão judiciário, a quem praticou ilícito penal”

A sua finalidade é na verdade estudada sob tríplice aspecto, senão vejamos: a) Finalidade Retributiva - impondo um mal ao violador da norma penal; b) Finalidade Preventiva - objetivando evitar a prática de delitos, seja de maneira geral, intimidando a todos quando da aplicação da pena ou de modo especial, quando priva a liberdade do autor do crime, impedindo que ele volte a delinquir; c) Finalidade Ressocializadora - visando a readaptação social do condenado.

Alguns autores do Direito Penal destacam como sendo a mais importante das finalidades da pena a prevenção. Ao nosso ver parece não ser essa a posição mais adequada, vez que o art. 59 do Código Penal, estabelece que a pena deve ser individualizada conforme necessário e suficiente à reprovação e prevenção do crime praticado, bem como a ressocialização do condenado (LEP, art. 1º).

Em suma, o fenômeno criminógeno precisa ser tolhido e o instituto da pena é o elemento primordial para o início dessa quimera, sendo por tal razão a sua aplicação o ponto crucial deste trabalho, no que tange às circunstâncias que a atenuam, especificamente, aquela prevista pelo art. 65, inc. III, “d”, do Código Penal.

I.3 - Da confissão

Confessar um crime significa o reconhecimento de uma conduta ilícita, proibida, contrária ao Direito e repudiada pela norma jurídica.

São espécies de confissão:

Confissão espontânea - que constitui-se na declaração que alguém (no caso o autor do fato criminoso) presta a outrem (autoridade policial ou judiciária) por si só, sem qualquer influência exógena.

Já a confissão voluntária é o aquela caracterizada por influência externa, ou seja, o agente do fato criminoso é compelido a tomar determinada atitude, agindo de forma omissiva ou comissiva.

Segundo entendimento da maioria dos doutrinadores, para o reconhecimento da atenuante em epígrafe, faz-se necessário que a confissão exista de modo espontâneo, embora dispense a voluntariedade, não bastando, pois, a simples confissão do ato tipificado como ilícito. Na verdade, o referido dispositivo legal, prevê a espontaneidade como um plus à confissão quanto à autoria do crime. Como foi muito bem colocado por Zaffaroni e Luiz Regis Prado a aplicação de tal atenuante fundamenta-se em considerações de política criminal. Ressalte-se que, esta circunstância, como forma de atenuação na fixação da pena propriamente dita, beneficia o autor do ilícito e serve também de estímulo para a solução criminal de algum fato que não tenha sido esclarecido.

I.4 - Código Penal

O nosso Código Penal, dentre outras circunstâncias que atenuam a pena, elenca a confissão espontânea quanto à autoria do crime, conforme prevê seu art. 65, inc. III, alínea “d”, como segue:

Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I- omissis

II- omissis

III- ter o agente:

a) omissis;

b) omissis;

c) omissis;

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

e) omissis.

Outrossim, merece que sejam elencadas as causas de exclusão da ilicitude ou da antijuridicidade, tipificadas no art. 23, do nosso diploma Substantivo Penal, que estabelece:

Art. 23: “ **Não há crime** quando o agente pratica o fato:

I.- em estado de necessidade;

II- em legítima defesa;

III- em escrito cumprimento de um dever legal ou exercício regular de um direito”.

O estado de necessidade é o sacrifício de um bem jurídico para salvaguardar um outro bem protegido legalmente. No estado de necessidade o direito proclama a salvação da lei do mais forte

e o agente agride para para defender-se. Nesse caso, há a intenção de preservação do bem jurídico.

Na legítima defesa não há a caracterização de ilicitude, porque o autor do fato defende-se de uma agressão injusta, atual ou iminente, através de meios moderados e necessários, ou sejam hábeis para repelir a agressão injusta.

O estrito cumprimento do dever legal é toda utilização de conduta agressiva a um bem jurídico nos limites do exercício do dever, obrigação.

O exercício regular de um direito ocorre quando alguém exerce um direito reconhecido pela lei, de forma subjetiva. Exemplo: Um superior hierárquico que critica o seu subordinado pela forma que pratica suas funções, fundando-se tal crítica, num exercício regular de uma direito reconhecido.

II - Conclusão

Agora, examinadas as causas que excluem a antijuridicidade, em confronto com o disposto no art. 65, inc. III, "d", do Código Penal, indagamos se é possível o reconhecimento de tal atenuante em favor daquele que confessa o fato, ainda que espontaneamente, porém, invoca, em seu favor, quaisquer das causas suprarreferidas?

Entendemos não ser plausível. Se, o tipo penal citado trata de circunstância que atenua a pena, enquanto que as causas excludentes da ilicitude afastam a própria conduta ilícita, não há crime há ser punido e, não havendo crime, conseqüentemente, não há pena e, muito menos, pena a se atenuar.

Assim, seja a confissão espontânea ou voluntária, seja ou não conhecida a autoria do crime, independentemente de demonstração de arrependimento por parte do réu, ainda que tenha este sido preso em flagrante, há de ser a mesma reconhecida desde que o acusado confesse a **autoria do crime**.

Concluindo, nem se diga que **confessar o fato** é o mesmo que **confessar o crime**. O autor de um ilícito penal, que confessa, perante a autoridade judiciária, a prática de um ato criminoso, deverá ver reconhecida em seu favor a controvertida atenuante. Porém, **aquele que confessa a prática de ato típico, invocando uma excludente da antijuridicidade, está confessando a prática de um fato não criminoso, não podendo ser beneficiado com o reconhecimento de tal circunstância atenuante**, por não haver a caracterização ipsi literis do tipo legal.

III - Bibliografia básica

BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal. Parte Geral, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000;

DELMANTO, Celso et alli. Código Penal comentado. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renavar, 1998;

FERRI, Henrique. Princípios de Direito Criminal: O Criminoso e o Crime. São Paulo: Saraiva, 1931;

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. 10ª ed., revista por Fernando Fragoso, Rio de Janeiro: Forense, 1986

HUNGRIA, Nelson, FRAGOSO, Heleno, Comentários ao Código Penal; Decreto-Lei n.º 1848, de 7 de Dezembro de 1940. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981;

JESUS, Damásio Evangelista. Direito Penal. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, vol. 01.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código Penal Interpretado. Ed. Atlas S/A, São Paulo: 1999;

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Curso de Direito Penal (parte geral), 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2000;

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal (parte penal). 13ª ed. São Paulo: Atlas S/A. 1998;

SARAIVA, Denise Cardia. Direito Penal Ilustrado: parte geral. Rio de Janeiro: edições ilustradas, 1999;

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994;

WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán, 4ª ed, Santiago: Chile: Jurídica de Chile, 1997;

ZAFFARONI, Eugenio Raúl & Pierangeli, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DELMANTO Celso,. Código Penal Comentado, 4ª Edição, 1998, Renovar, Rio de Janeiro, pág. 60

TESE 21

A CERTIDÃO DE ÓBITO FALSA COMO CAUSA EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE

Ruth Duarte

Promotora de Justiça no Estado de Goiás

Patrícia Teixeira Guimarães

Promotora de Justiça no Estado de Goiás

Simone Disconsi de Sá

Promotora de Justiça no Estado de Goiás

Karine Susan Oliveira Gomes

Promotora de Justiça no Estado de Goiás

I - Da prática usual

Consta dos anais forenses a prática usual de indiciados ou acusados que forjam atestado de óbito com o intuito de extinguir o processo, face ao reconhecimento da extinção da punibilidade.

Deste modo, assegura-se a impunidade do delito perpetrado, diante da consagrada impossibilidade de transcender a coisa julgada quando em confronto com o direito de liberdade do indivíduo.

Vence, assim, a perspicácia dos advogados, que não raras vezes orientam seus clientes no sentido da simulação da morte, na certeza da imutabilidade da coisa julgada.

Assim, a coisa julgada serve de escudo protetivo à prática criminosa, na medida em que o criminoso age na certeza da não aplicação das sanções penais.

II - A disciplina jurídica da morte do sujeito ativo do ilícito

A morte do agente é um fato jurídico em sentido estrito, relevante ao mundo jurídico, na medida em que traz conseqüências previamente estabelecidas na lei.

Destarte, o artigo 107, inciso I, do Código Penal, elenca a morte do agente como uma das causas de extinção da punibilidade.

Extinguir a punibilidade diz respeito a impossibilidade do Estado aplicar a sanção penal ao infrator da norma penal.

Sujeito ativo é aquele contra quem se deduz a pretensão punitiva.

Assim, a extinção da punibilidade não permite que o Estado processe o criminoso por meio da persecução penal, haja vista o princípio da intranscendência.

Com efeito, nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente, de forma que a sanção penal é eminentemente personalíssima, impedindo que recaia sobre os sucessores do infrator, nos moldes do contido no artigo 5º, incisos XLV, 1ª parte, da Constituição Federal.

O aludido aspecto personalíssimo da pena representa uma vitória conquistada através dos séculos, consagradora da responsabilidade penal subjetiva.

A responsabilidade penal exige a configuração da culpa ou do dolo (*imputatio delicti*), imprimindo uma diretriz à relação causal, eliminando, deste modo, os eventos desprovidos de subjetividade.

Com efeito, para que o resultado jurídico seja atribuído ao sujeito ativo, deve o mesmo entrar na sua esfera de previsibilidade.

Cabe destacar que alguns autores asseveram que a rixa qualificada (artigo 137, parágrafo único, do Código Penal), a adoção responsabilidade sucessiva da Lei de Imprensa (artigo 37, da Lei Imprensa) e a embriaguez voluntária completa são resquícios da responsabilidade objetiva.

No que concerne à responsabilidade cível, esta subsiste frente ao reconhecimento da extinção da punibilidade, incumbindo ao interessado acionar o Poder Judiciário com vistas à indenização (*actio iudicati ou actio civilis ex delicti*).

Por outro lado, o artigo 62, do Código de Processo Penal, disciplina que a morte do agente deve ser provada por intermédio da certidão de óbito.

A propósito. A título de ilustração:

EMENTA: “Ação Penal. Extinção da punibilidade. Morte do agente. Comprovada a morte do agente, através da competente certidão de óbito, impõe-se a declaração de extinção da punibilidade.”

(TJGO, 2ª Câmara Criminal, RECURSO : Ação Penal n 148-9/212, DJ n 12063 de 15/05/1995 p 13).

EMENTA : “MORTE DO RÉU. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. CERTIDÃO DE ÓBITO: IMPRESCINDIBILIDADE. - Impedido está o Julgador de decretar extinta a punibilidade do Réu, com a juntada apenas do laudo de exame cadavérico do mesmo aos autos, posto exigir, expressamente, o artigo 62, Código de Processo Penal, a certidão de óbito lavrada no cartório competente. - Recurso provido”.

(TJGO, 2ª Câmara Criminal, Recurso em Sentido Estrito, DJ n 12912 de 19/10/1998 p 12).

III - Ausência do efeito negativo da coisa julgada

A coisa julgada é garantida no âmbito da Constituição Federal, sob o fundamento da necessidade da estabilidade nas relações jurídicas.

Um dos escopos da jurisdição é a pacificação social, de modo que os litígios não fiquem pendentes no tempo.

Assegura-se, pois, a segurança jurídica, estabilizando a justiça como um todo.

Questiona-se:

Há segurança jurídica se o criminoso, que se dizia morto, está vivo?

Até que ponto esse valores podem conviver harmoniosamente juntos?

O processo não é apenas instrumento técnico, mas meio idealizador, dependente diretamente das escolhas axiológicas da Magna Carta.

O processo deve efetivar o direito material e os direitos que estão na Constituição.

Nesse diapasão, a Constituição Federal em momento algum autoriza a impunidade, nem obriga as autoridades a serem coniventes com falcatruas.

Que Justiça haveria se a máquina judiciária não pudesse ser acionada devido a falsidade da prova do óbito?

Parte da doutrina brasileira, considerando o sistema penal, acentua que o reconhecimento da extinção da punibilidade em Juízo, devido à produção de prova documental falsa da certidão do assento do óbito, impede o cabimento de qualquer remédio processual em face da *res judicate*.

Com efeito, até mesmo a Revisão Criminal, que é uma forma de sobrepujar a coisa julgada, com previsão no artigo 621 e seguinte do Código de Processo Penal, resta repelida, na medida em que falta a possibilidade jurídica do pedido.

Justifica-se.

Tal como a ação rescisória, a revisão criminal não é recurso, porquanto instaura outra relação jurídica processual.

Ocorre que o remédio em tela somente é admitido no direito brasileiro quando *pro reo* e, nunca *pro societate*, exigindo, pois, a existência de sentença condenatória, bem como a configuração de uma das hipóteses taxativas do artigo 621, do Código de Processo Penal.

Deste modo, o pedido somente é juridicamente possível diante da prolação de uma sentença condenatória transitada em julgado.

Assim, se no processo o magistrado declara extinta a punibilidade pela morte do agente, ocasionando o transitado em julgado da sentença, apenas restaria o caminho da abertura de novo procedimento relativamente aos autores da falsidade.

Cabe destacar, por oportuno, que situação diferente seria o caso da decisão não transitar em julgado, sendo que então caberia ao Ministério Público interpor Recurso em Sentido Estrito, nos termos do artigo 581, inciso VIII, do Código de Processo Penal.

Tais inferências significam o reconhecimento do fracasso da Justiça, frustrando o princípio da inderrogabilidade, ou seja, a certeza da aplicação da sanção penal.

Porém, tendo em vista que inexiste a morte, em realidade não há formação da coisa

julgada, podendo o processo prosseguir.

Enfim, não há o efeito negativo da coisa julgada, isto é, a proibição de se voltar a discutir o que foi decidido na decisão irrecorrível, qualquer que seja a ação futura.

Ex vi, não se trata de exceção a revisão criminal, mas do acolhimento da ausência da *res judicati*.

No processo penal, todos os meios de prova são admitidos, ainda que não previstos em lei.

Meios de prova são os instrumentos trazidos ao processo para formar a livre convicção do magistrado a respeito de um fato.

Para que sejam admitidos, os meios de prova não podem estar contaminados pela ilicitude ou ilegitimidade.

Provas ilícitas são aquelas produzidas em desrespeito as regras de direito material, enquanto que as provas ilegítimas violam uma vedação de ordem processual.

Considerando que a lei processual penal aponta uma restrição relativamente à comprovação da morte do agente, na medida em que exige prova documental, o agente que falsifica o atestado de óbito, realizou uma prova proibida pelo ordenamento jurídico, ou seja, prova ilegítima.

E mais, atentou contra os princípios da moralidade e lealdade.

Pelo exposto, não há a formação da coisa julgada. De fato, o que ocasiona a extinção da punibilidade é a morte e sendo que esta inexistente, a coisa julgada não pode constituir-se validamente.

IV - Sanção jurídica pelo descumprimento das normas do processo

A decisão que declara extinta a punibilidade com base em certidão de óbito falsa não é sentença, mais sim decisão interlocutória mista, a qual não examina o mérito da causa, sendo, portanto, incapaz de gerar conseqüências jurídicas, haja vista tratar-se de um ato inexistente.

A extinção da punibilidade pela morte do agente se dá independente de qualquer conteúdo decisório (*mors omnia solvit*). A propósito, a improsseguibilidade da ação penal deriva da morte, e não da autoridade da coisa julgada.

No âmbito das nulidades processuais, insere-se a categoria dos atos inexistentes, que são aqueles que, embora materialmente possam existir, juridicamente não existem.

A validade da sentença subordina-se à sua conformidade com a lei, e também como a veracidade dos fatos.

Assim, inexistente a morte (fato jurídico inexistente), não há a formação da coisa julgada e, via de conseqüência à ação penal pode ter seguimento.

É importante frisar o seguinte posicionamento:

“O pressuposto da declaração da extinção da punibilidade é a morte, e como

esta inexistente, a decisão não adquire a força de coisa julgada. Assim, o processo pode prosseguir, salvo a ocorrência de outra causa de extinção, como a superveniente prescrição”.

(Delmanto in Código Penal Comentado, citando Florêncio de Abreu, Comentários ao Código de Processo Penal, 1945, v. V, p. 422, baseado no antigo Código de Processo Penal italiano, art. 69 do atual (reforma de 1988); STF, RTJ 104/1063, 93/986, RT 573/445; HC 60.095, DJU 17.12.82, P. 13203; TJSP, RJTJSP 98/485. TAMG, RJTAMG 54-55/526).

A forma de dar continuidade do processo dar-se-ia através de uma ação declaratória de inexistência.

Seria uma espécie de incidente de falsidade documental tardio, nos termos dos artigos 145 e seguinte do Código de Processo Penal.

O incidente de falsidade documental serve para a impugnação da validade de um documento, com a finalidade do seu desentranhamento e, posterior, apuração da falsidade documental.

Nesse contexto, o próprio Juízo de primeiro grau poderá anular o processo, determinando a continuidade do feito, com oitiva das testemunhas arroladas na exordial acusatória.

Assim, a segurança jurídica restaria observada, na medida em que a paz social é mantida, através da efetiva punição e ressocialização dos infratores.

A disciplina jurídica precisa aprimorar-se, com o escopo de diminuir a delinqüência, que a cada dia mais aperfeiçoa técnicas, com a capacidade ainda de contratação de advogados capacitados.

Não se trata de aprimoramento inútil, como o preconizado pelo Movimento da Lei e Ordem, que a pretexto da manutenção da paz social, utilizou o direito penal simbolicamente, isto é, acentuando a necessidade do aumento da produção legislativa.

Logo, vale o princípio de que é inadmissível que o autor de um delito venha a ser beneficiado em razão da própria conduta criminoso.

V - Conclusão

De todo o exposto, extraem-se as seguintes conclusões:

- 1) O que extingue a punibilidade do agente é o fato natural morte, motivo pelo qual a certidão de óbito falsa não tem o condão de produzir tal efeito, eis que não exprime a verdade;
- 2) A decisão que extingue a punibilidade do agente tem natureza jurídica de interlocutória mista, uma vez que não analisa o mérito e, portanto, não produz coisa julgada material;
- 3) Ademais, no caso, considerando que a extinção da punibilidade está fulcrada tão somente na certidão de óbito, a constatação de sua falsidade acarretaria a inexistência da própria decisão;
- 4) A forma de dar continuidade ao processo dar-se-ia através de uma ação declaratória de inexistência, a qual seria uma espécie de incidente de falsidade documental tardio, nos termos do artigo 145 e seguintes do Código de Processo Penal.

TESE 22

LAVAGEM DE DINHEIRO: SEQUESTRO DE BENS E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Marcelo Batlouni Mendroni

Promotor de Justiça - SP

I- Introdução

Em época que praticamente só se fala de “direitos e garantias individuais”, esquece-se que, do outro lado está a sociedade constantemente agredida por criminosos de colarinho branco que se utilizam das mais variadas formas para locupletar-se às custas de irreparáveis prejuízos e, no mais das vezes valendo-se de cargos e funções públicas.

Já passa da hora de compreender que o hiper-garantismo – dos criminosos, volta-se contra os próprios direitos e garantias individuais – dos inocentes, atingindo-lhes sobremaneira, seja pela falta dos recursos públicos desviados das administrações públicas, seja pela criminalidade econômica que corrói por dentro a economia do País, como também nas mais terríveis formas de criminalidade, como por exemplo o narcotráfico, atingindo a saúde a própria sociedade, e reinvestindo os fundos criminosos nas próprias “empresas criminosas”.

Em 1º de março de 1998 foi editada a Lei nº 9.613/98 – que dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores...”

Assim é que referida lei, moderna e voltada aos anseios da sociedade, estabeleceu instrumentos verdadeiramente eficientes para o combate a crimes repugnantes, como o tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo, tráfico de armas, crimes praticados contra a administração pública, crimes praticados por organização criminosa, todos sempre evidentemente relacionados com própria “lavagem” de dinheiro e/ou ocultação de bens. Por certo que a lei é rigorosa, mas de outra forma não poderia ser! A não ser desta forma, como é que se pretenderia combater estes crimes? Não se combate câncer com aspirina. Para crimes graves e complexos – leis rigorosas e eficientes.

Trata-se de Lei que na verdade não foi idealizada em território nacional. Teve discussão por longo período na comunidade internacional a partir da constatação do terrível mal causado pela lavagem de capitais – já que as Organizações Criminosas empregam o mesmo dinheiro sujo como investimento da própria “empresa” criminosa, incrementando assim as atividades

delituosas. Foram diversos os passos e estudos seguidos em direção à unificação de estratégias e especificações de mecanismos legais de combate, chegando-se a um consenso através de acordos internacionais, do qual o Brasil é subscritor. Assim, para aqueles que criticam os dispositivos desta Lei, antes de mais nada devem fazê-lo em relação às Legislações estrangeiras e entender que foram formadas a partir de consenso e evidentemente respeitantes aos direitos e garantias individuais – Constitucionais em todos – mas com a preocupação de trazer eficácia ao combate.

Resulta incontestável o fato de que o verdadeiro e eficaz combate às Organizações Criminosas dá-se principalmente através do combate e confisco do dinheiro e dos bens que possuem, e também, conjunta e de forma sincronizada, através de processos criminais contra os seus membros. Estes também são evidentemente importantes, mas aquele é o que mais profundamente afeta as estruturas da Organização, sendo o único meio capaz de destruí-la ou atenuar a sua atividade. Membros da Organização podem ser substituídos, mas a obtenção de dinheiro é processo mais lento e difícil.

Crime Organizado e Lavagem de dinheiro não coexistem separadamente. O sucesso de uma Organização Criminosa depende do sucesso com que consegue lavar o dinheiro. - As Organizações Criminosas operam sempre sobre o eixo Dinheiro-Poder. Assim pode-se dizer que toda Organização Criminosa precisa e necessariamente pratica lavagem de dinheiro, mas o inverso não é sempre verdadeiro, pois nem sempre quem lava dinheiro pertence a uma Organização Criminosa.

II- Breve Histórico da Evolução do “Processo” Anti Lavagem de Dinheiro

- Convenção de Viena – 1988: Medidas para o combate ao narcotráfico e lavagem de dinheiro;
- EUA: “Money Laundering Suppression Act”;
- Declaração de Basiléia (12.12.98)
- Criação da F.A.T.F. – Financial Action Task Force, em 1989 pelo G-7; para examinar medidas, desenvolver e promover medidas para a prevenção e combate á lavagem de dinheiro
- OEA: Estipulação do Regulamento modelo sobre Lavagem de dinheiro, correlacionando o tráfico ilícito de entorpecentes e outros crimes.
- Cúpula das Américas: Reuniões em Miami-1994; Buenos Aires-1995 e Santiago-1998
- Edição, pelo FATF de 40 recomendações para a prevenção e combate à lavagem de dinheiro – revistas em 1996 para amoldá-las às tendências atuais;
- Criação do CFATF: Caribbean Financial Action Task Force – para atuação especificamente no âmbito da América latina;
- Criação do Grupo de Egmont (reunião no Palácio de Egmont-Aremberg, Bruxelas), que estipula uma rede de cooperação entre Países, através dos chamados;
- FIU’s – Financial Intelligence Units. Cada País subscritor do acordo internacional comprometeu-se a criar a sua própria “Unidade de Inteligência Financeira”, que tem a função de receber e concentrar as informações a respeito das operações suspeitas de encobrir atividade de

Lavagem de dinheiro e repassá-las aos órgãos de Persecução com atribuição para a investigação e processamento criminal – por excelência – Polícias e Ministérios Públicos.

COAF: Conselho de Controle de Atividades Financeiras; Viabiliza a aplicação da Lei na medida em que administra a centralização e o processamento das informações (necessariamente documentadas).

- Órgão Brasileiro centralizador de informações,

- Estabelece Regulamentos a todos os Organismos e Instituições que podem ser utilizados como mecanismos para a Lavagem de dinheiro,

- Prevê às estas a obrigatoriedade de comunicações de operações pré estabelecidas nos regulamentos, bem como outras operações suspeitas a livre critério,

- Prevê punições a estes órgãos

- Com a sua criação – se imprime um caráter preventivo

- Troca informações sem burocracia com as demais FIU's

Através desse mecanismo de controle centralizado pelas FIU's, no caso brasileiro pela COAF, todas estas instituições: - Bancos e Instituições de cartões de crédito; - Casas de Câmbio, Companhias de Seguro; - Casas de Jogo, loterias e sorteios; - Factorings, - Bolsa de Valores, - Imobiliárias, - Lojas de antiguidades, objetos de arte, ouro etc.; devem – por obrigatoriedade, informar à COAF determinadas operações financeiras estipuladas nas respectivas resoluções, de forma que, uma vez analisadas, são repassadas aos correspondentes órgãos de persecução para a análise de consequente decisão sobre iniciação ou não de correspondente investigação e processamento por prática de crimes de lavagem de dinheiro;

III- Apreensão e sequestro de bens com a inversão do ônus da prova

Aí residem os melhores e mais eficientes instrumentos da Lei. Antes de mais nada é preciso enfatizar que o dispositivo efetivamente estabelece verdadeira inversão do ônus da prova, e interpretar de qualquer outra forma seria supor o que a lei não diz. Mais uma vez, nada há de inconstitucional. Longe de violar o princípio da presunção de inocência, o dispositivo cria instrumento indiscutivelmente necessário para a sistemática da Lei como um todo.

É preciso entender que a “presunção” de inocência, como o próprio nome revela, nada mais é do que *presunção*. Diga-se, simples presunção. Presunção esta que pode estar ou não adstrita a outro princípio constitucional – do Devido processo Legal. É dizer: O devido processo legal pode não estabelecer a presunção de inocência. Aliás, isto resta mais do que evidente na simples leitura do dispositivo constitucional: Art. 5º LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens *sem o devido processo legal*” (grifo meu). Ora, se o próprio devido processo legal estabelece a privação de liberdade ou de bens, onde está a irregularidade? Alerta-se que o artigo 4º § 2º estabelece que “o juiz determinará a liberação dos bens, direitos e valores apreendidos ou sequestrados *quando* comprovada a licitude de sua origem”. (grifo meu).

É exatamente entregar ao acusado o ônus de comprovar a licitude dos bens. QUANDO comprovar, em qualquer momento processual, desde que compareça pessoalmente (§ 3º) os bens serão liberados. Se não comprovar, advindo sentença condenatória, como efeito, será decretado o perdimento dos bens em favor da União, nos estritos termos do inciso I artigo 7º da Lei, em consonância com o artigo 5º XLVI “b” da Constituição Federal. Como a perda dos bens é “efeito da condenação”, obviamente que, uma vez absolvido, terá seus bens de volta. Ainda durante o processo, não comprovando o acusado a origem lícita dos bens, direitos ou valores apreendidos, poderá ser nomeado administrador até o trânsito em julgado da sentença. Sugere-se entretanto, para facilitar a operacionalização do dispositivo, que o próprio “dono” dos bens, seja o seu depositário, - mas, com a cautela de o Juiz mandar averbar ou registrar - dependendo o caso, em plano documental próprio (cartório de registros de imóveis, por exemplo) a situação de pendência judicial em que se encontra o bem (sequestrado judicialmente), para impedir a sua alienação. Evidentemente que, dependendo do bem (suponha-se um enorme iate) o seu “dono” preferirá vendê-lo e responder ação por depositário infiel do que perder o respectivo valor.

Por outro lado o artigo 4º “caput” estabelece: “*O juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, ou representação da autoridade policial, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão ou o sequestro de bens, direitos ou valores do acusado, ou existentes em seu nome, objeto dos crimes previstos nesta Lei, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal*”. (grifo meu).

Quando a Lei especifica – “do acusado ou existentes em seu nome”, quer fazer referência àqueles bens cujas circunstâncias indiquem que pertencem, mas estejam constando em nome (propriedade) de terceiros. É a famosa válvula de escape daqueles que se utilizam de “testas-de-ferro” ou “laranjas” para em nome deles passar a propriedade de bens originários das práticas criminosas e assim tentar furtar-se à ação da justiça. Mas a lei estabeleceu que, sendo os bens **do acusado** – e entenda-se, mesmo que em nome de terceiras pessoas, e complementa – **ou existentes em seu nome**, poderão ser sequestrados. Evidentemente não utilizará a lei palavras inúteis, em bis in idem, dizendo *do acusado = existentes em seu nome...* Cada uma das figuras aponta para situação diversa, e portanto, sendo bens do acusado, ainda que em nome de terceiras pessoas para as quais o acusado os repassou, ou existentes em seu nome, - poderão ser sequestrados. Isto significa, conclusivamente que torna-se possível o sequestro dos bens em nome de terceiros – ligados ao acusado, nos estritos termos do dispositivo legal referido.

O dispositivo é ainda sábio quando se considera o seu efeito prático. Não seria possível ao Poder Público comprovar a origem ilícita daqueles valores e bens amealhados ao longo de rotineira atividade ilícita do agente. Os valores e bens obviamente podem estar misturados com outros de origem lícita. Em meio a um complexo “bolo” de ingredientes lícitos e ilícitos, somente o próprio agente pode ser capaz de efetuar a correta separação. Aquilo cuja origem honesta for demonstrada, receberá de volta, ao passo que o que não comprovar, deverá ser apreendido para futuro perdimento. Mais que legal, é medida de Justiça. Mas é preciso diferenciar. A inversão do ônus referido pela Lei aplica-se somente no que diz respeito à comprovação da licitude dos bens e não em relação à prova do(s) crime(s) de lavagem tipificado(s) na Lei. Quanto a este, o ônus evidentemente permanece com a acusação. Mas, comprovada a prática do crime, com condenação, se o acusado não demonstrar a licitude dos bens – presume-se tenham sido adquiridos em proveito da lavagem – consequência da prática

daquele(s) crime(s) antecedentes, e então são confiscados.

Trata-se portanto de uma Lei cujos mecanismos foram suficientemente discutidos no âmbito da comunidade internacional, interessada no combate às organizações criminosas, moderna e voltada aos anseios da sociedade. A Convenção de Viena de 1988 prevê expressamente a autorização para a reversão legal da inversão do ônus da prova, remetendo a cada parte (País) a sua consideração. No artigo 5º- n° 7: *“Cada uma das partes considerará a possibilidade de inverter o ônus da prova com respeito à origem ilícita do suposto produto ou bens sujeitos a confisco, na medida em que isto seja compatível com os princípios de seu direito interno e com a natureza dos seus procedimentos judiciais e outros procedimentos”*. Nesse sentido, além do Brasil, também Alemanha, Estados Unidos, Reino Unido, Austrália, Suíça e México, entre outros, estipularam em suas legislações a inversão do ônus da prova.

Estabeleceu-se instrumentos verdadeiramente eficientes para o combate a crimes repugnantes, como por exemplo o tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo, tráfico de armas, contra a administração pública, praticado por organização criminosa, todos sempre evidentemente relacionados com própria “lavagem” de dinheiro e/ou ocultação de bens.

Por certo que a lei é rigorosa, mas de outra forma não poderia ser. Não se combate câncer com aspirina. Para crimes graves e complexos – leis rigorosas e eficientes. Muitas vezes alardeam inconstitucionalidade e falta de critérios de proteção dos direitos individuais, mas enganam-se e esquecem-se de raciocinar com os motivos maiores da implantação destes mecanismos nas legislações de inúmeros Países – todos semelhantes, - a proteção da sociedade. A dificuldade da investigação decorrente da complexidade de situações geradas pelos lavadores do dinheiro obrigaram as autoridades – de vários países do mundo – a, em conjunto, criar mecanismos rigorosos e eficientes para o seu combate, exatamente no intuito de proteger a sociedade dos malefícios que lhe podem causar. Basta considerar que o dinheiro lavado é normalmente investido no incremento da própria empresa criminosa – gerando-lhe maior poder de ofensividade à sociedade. Evidente que não se trata de ofender os direitos e garantias individuais dos cidadãos, constitucionalmente previstos – em todos os países. Trata-se, ao revés, de preservá-los através da viabilização do combate eficiente à criminalidade chamada “de colarinho branco” – modalidade de Crime Organizado, evitando-se o “hiper-garantismo” dos “delinquentes de gravata”.

Como já dito, trata-se de Lei rigorosa, não há dúvida. É entretanto elaborada na medida da necessidade do seu combate. Precisamos entender a grandeza da necessidade de combater as Organizações Criminosas, os crimes de colarinho branco – para o bem da nossa sociedade. Estes são os crimes que realmente afetam a sociedade, impedem o seu desenvolvimento e a formação de um País mais justo. A Lei aí está e deve ser utilizada sem medo e dentro dos seus rigores, e assim começaremos a desfazer o velho ditado: *“Lex est araneae tela, quia, si in eam inciderit quid debile, retinetur; grave autem pertransit tela rescissa”* - A lei é como uma teia de aranha: se nela cai alguma coisa leve, ela retém; o que é pesado rompe-a e escapa.

IV- Conclusões

1- O sequestro e confisco dos bens é o melhor instrumento para o combate à Lavagem de dinheiro;

2- Esta legislação teve origem em inúmeros encontros internacionais estabelecidos para o estudo de mecanismos eficientes de combate à lavagem de dinheiro, a partir da Convenção de Viena de 1988;

3- O artigo 4º § 2º da lei nº 9.613/98 estabelece verdadeira inversão do ônus da prova em matéria de comprovação da licitude da origem dos bens;

4- É possível, pelo teor do artigo 4º “caput”, determinar o sequestro de bens e valores também registrados em nome de terceiras pessoas – “testas de ferro” do acusado.

5- Sobrevindo a condenação pela prática de crime de lavagem de dinheiro sem que o processado comprove a origem lícita dos bens/valores sequestrados, eles serão confiscados como efeito da condenação, independentemente de existência de processo ou sequer conhecimento do autor do crime que deu causa à lavagem;

TESE 23

DA POSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DO BEM APREENDIDO NA ESFERA POLICIAL – NÃO HAVENDO DÚVIDA QUANTO AO DIREITO DO RECLAMANTE

Bettina Estanislau Guedes

Promotora de Justiça - PE

Cristiane De Gusmão Medeiros

Promotora de Justiça - PE

Maria Bernadete Gonçalves Aragão

Promotora de Justiça - PE

O Inquérito Policial como procedimento investigatório das infrações criminais que se procedem, mediante ação penal pública, traz em seu bojo uma série de diligências direcionadas à reunião dos elementos de autoria e materialidade do delito, com vistas à análise por parte do Ministério Público, para fins de elaboração de denúncia e conseqüente instauração da ação penal.

Dentre as várias diligências que são feitas no curso do inquérito, é comum a apreensão dos instrumentos e de todos os objetos relacionados com o crime. Em contrapartida à esta apreensão, há previsão legal para a restituição dos bens que não interessem ao processo, desde a fase de inquérito até o trânsito em julgado da sentença final, quando poderão ter os seguintes destinos: ou serem devolvidos aos lesados e terceiros de boa-fé ou serem confiscados (art. 91, II, do Código Penal Brasileiro).

O art. 120, do Código de Processo Penal, disciplina as hipóteses de restituição dos bens apreendidos, nos casos em que é indubitável o direito do reclamante e nos casos em que tal direito é duvidoso.

Na hipótese de dúvida quanto ao direito de quem reclama a restituição do bem apreendido, o dispositivo acima citado, em seus parágrafos, dispõe acerca de procedimento a ser seguido, junto ao Juiz Criminal, com obrigatória abertura de vista ao Ministério Público, contra o que não se discute.

Contudo, no que se refere aos casos em que os bens são reclamados por pessoa sobre a qual não reste dúvida acerca de seu direito, o *caput*, do mesmo dispositivo legal, dispõe que a restituição de tais bens poderá ser ordenada pela autoridade policial ou pelo Juiz, não fazendo menção à possibilidade de dita restituição poder ser ordenada, também, pelo Ministério Público.

O *caput* do art. 120, do Código de Processo Penal, efetivamente, não previu a criação das Centrais de Inquéritos, limitando-se a considerar a possibilidade do Inquérito se encontrar, ou na polícia, ou em juízo. A existência das Centrais de Inquéritos cria uma instância intermediária entre a polícia e o juízo, na qual os inquéritos ficam sob a responsabilidade, única e exclusiva, do Ministério Público, não sendo justo e sensato que a parte interessada tenha que se resignar a não poder mais pleitear junto à autoridade policial e fique a aguardar o tempo necessário de tramitação do inquérito policial naquela instância.

Ressalte-se que, enquanto o inquérito policial se encontrar sob a responsabilidade do Ministério Público, poderá ser necessária a realização de diligências, que o próprio Promotor de Justiça pode optar por efetuá-las, o que demandará mais tempo de permanência de tal procedimento com o Ministério Público. Acrescente-se, ainda, a hipótese de excesso de prazo decorrente de um elevado número de inquéritos que não revelaria desídia do órgão do Ministério Público, mas assoberbamento de tarefas, o que justificaria o descumprimento do prazo legal do art. 46 do Código de Processo Penal. Destaque-se a situação específica dos inquéritos com réus presos a exigir do Promotor de Justiça a adoção de providências urgentes, em caráter prioritário.

As situações acima relatadas justificam a extrapolação do prazo legal, o que implicará, necessariamente, uma demora maior, que não poderá ser suportada passivamente pelo detentor do bem. Confira-se aresto acerca da possibilidade de mandado de segurança para remediar a retenção indevida, quando a autoridade coatora for policial:

“O mandado de segurança é meio apropriado para postular restituição de bem adquirido de boa-fé e ilegalmente apreendido pela autoridade policial” (TACRIM-SP-RO-Rel. Wilson Barreira – RJD 25/109)” (IN CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SUA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL, Alberto Silva Franco e outros, 1999, vol. 1, editora Revista dos Tribunais, pág. 910, sob a coordenação de Alberto Silva Franco e Rui Stoco).

Considerando-se a hipótese da apreensão legal de um bem que, em determinado momento, não interessasse mais ao curso das investigações e sem qualquer utilidade para a apuração da verdade real, conferindo, portanto, ao detentor, devidamente identificado como tal, o direito de reclamar a sua restituição, estaria configurada a ilegalidade da apreensão, diante da recusa de sua devolução, a justificar a utilização do remédio jurídico.

Se tal situação ocorre enquanto o bem estiver apreendido na esfera policial, a autoridade coatora será o Delegado, porém, após a remessa do inquérito policial ao Ministério Público, atuante junto à Central de Inquéritos, antes do oferecimento da denúncia, momento em que o Juiz competente para o processamento e julgamento do feito ainda se encontra inerte, a autoridade coatora será, necessariamente, o Promotor de Justiça para o qual foi distribuído o respectivo inquérito, por ser a única capaz de desfazer o ato impugnado.

Por outro lado, ao tratar do novo perfil do Ministério Público, a Constituição Federal estabeleceu:

Art. 129 – São funções institucionais do Ministério Público:

.....
II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia

Vê-se, do dispositivo supra transcrito, que foi outorgado ao Ministério Público o poder discricionário de promover as medidas que julgar necessárias, em face de sua atribuição institucional de zelar pelo respeito aos direitos constitucionais do cidadão, inclusive os individuais indisponíveis.

Evidente que a retenção de um bem, que até foi apreendido legalmente, mas que deixou de ser útil e necessário às investigações e, conseqüentemente, à propositura da ação penal, priva o seu detentor legítimo do exercício de um direito erigido à garantia constitucional, como se vê:

art. 5º, LIV- ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal .

De outra parte, seria esdrúxulo imaginar um Ministério Público com uma tarefa constitucionalmente prevista de exercício do controle externo da polícia, limitado por um dispositivo inserido no Código de Processo Penal de 1941, que não acompanhou o avanços da ordem jurídica. Afinal de contas, inconcebível imaginar que a restituição de um bem, nas condições ora analisadas, teria o seu deferimento conferido somente à autoridade policial, sendo vedado ao Ministério Público igual mister.

Se não bastasse a demora no recebimento do bem, o que, por si só, já configura prejuízo ao detentor, mais grave ainda se afigura a situação quando, desta demora, decorrem prejuízos de ordem financeira, na hipótese em que o bem se consubstancia em meio para a obtenção de renda ou se constitui em outra circunstância essencial à subsistência de seu detentor.

A decisão a seguir transcrita revela a preocupação dos tribunais com o tema, *in verbis*:

“Apreensão excessiva – jogo de azar – ‘Havendo excesso na apreensão dos pertences da impetrante, flagrantemente desnecessária para apurar a infração em que estaria envolvida e atingindo o direito de desenvolver sua atividade comercial, para cujo exercício se acha legalmente autorizada, devem os bens ser restituídos, notadamente se concluído o exame pericial a que foram submetidos (RT 594/364)” (*In CÓDIGO DE PROCESSO PENAL INTERPRETADO*, Julio Fabbrini Mirabete, 1997, 5ª edição, editora Atlas, pág. 207).

Importante, ainda, o relato de caso recente ocorrido na Central de Inquéritos do Ministério Público do Estado de Pernambuco, quando a Promotora de Justiça para a qual foi distribuído inquérito policial responsável pela investigação de um delito de furto simples, sensibilizada com a situação da vítima, que teve o seu aparelho celular subtraído e com o qual contava para auferir renda, diante da certeza da propriedade do bem e obedecendo aos cuidados prescritos em lei, determinou a um funcionário a lavratura de termo de restituição, devidamente acostado aos autos, para posterior adoção das providências concernentes à denúncia. O Ministério Público, após o cumprimento de seu mister, remeteu o inquérito, com denúncia, ao Juízo competente, sendo, posteriormente, surpreendido com representação do respectivo Juiz contra si, irresignado com a providência adotada, porque entendida em desacordo com o *caput* do art. 120, do Código de Processo Penal.

Ora, não nos podemos calar, diante de postura tão refratária a uma interpretação sistemática, uma vez que a Constituição Federal, quando traçou novos rumos para a nossa Instituição, criou na sociedade grande expectativa em relação ao Ministério Público, de quem espera atuação destemida que leve a resultados possíveis, antes utópicos. Se a Constituição conferiu ao órgão ministerial papel tão amplo, não é admissível a este contentar-se com os lindes fixados por lei inferior, sonegadora de atribuições que somente visam ao resguardo do

direito do cidadão.

Se a Central de Inquéritos, hoje, representa um avanço autorizado pela Constituição Federal, rompendo com o disposto no art. 10, §1º, do Código de Processo Penal, em respeito à desburocratização, à celeridade e ao impedimento de prescrições de crimes, cujas investigações se amontoavam em inquéritos represados nas diversas varas criminais, à espera de um desfecho mediocre, concernente à declaração de extinção da punibilidade pela via prescricional - o que, na verdade, representa uma das formas mais nocivas de impunidade - com maior razão, respeitada a sua existência, não é sensato desconsiderar a possibilidade de atuação do Ministério Público na situação examinada, sob pena de violação do direito do cidadão, com a prevalência de dispositivo legal inferior aos ditames constitucionais.

Não é demais lembrar que o Ministério Público é o *dominus litis*, o órgão que deve reunir todos os elementos de prova que servirão de base à acusação. Se a autoridade policial tem o poder de restituir os bens apreendidos, o Ministério Público também pode fazê-lo, levando-se em conta que todo o trabalho policial, antes de chegar em Juízo, passa pelo seu crivo, a fim de serem selecionadas as provas em cima das quais será formulada a acusação, cabendo-lhe, portanto, maior sensibilidade para com os detentores de bens apreendidos, cuja permanência em juízo seja desnecessária ao processo, não confiscável e não apreendida em poder de terceiros.

Conclusão:

O Ministério Público, no desempenho de suas funções institucionais, reflexo do novo perfil traçado pela Constituição Federal, na qualidade de órgão responsável pela formulação de denúncia, com base nas provas que entender necessárias ao embasamento da acusação, bem como pelo controle externo da polícia e pelo resguardo dos direitos e garantias do cidadão, é parte legítima para deferir a restituição de bens apreendidos na esfera policial, pleiteada por reclamante sobre o qual não recaia qualquer dúvida sobre a detenção do bem desnecessário ao processo e não passível de confisco.

TESE 24

ADITAMENTO DA DENÚNCIA E DA QUEIXA: FORMA E ALCANCE DE CADA UMA DAS MODALIDADES PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Antonio Milton de Barros¹
Promotor de Justiça

I - Exposição

I.1 - Introdução

Aditar significa adicionar, acrescentar² ou, ainda, aumentar, ampliar.³

O Código de Processo Penal prevê vários momentos em que se mostra possível fazer aditamento da inicial acusatória: artigo 29, referente à ação penal privada subsidiária; artigo 45, que se refere à todas as modalidades de ação privada, inclusive a subsidiária; artigo 384, § único, referente à ação penal pública (ainda quando iniciada por queixa subsidiária) e artigo 569, referente a ambas as formas de ação penal condenatória, pública ou privada, além do art. 408, § 5º, que se refere especificamente à inclusão de outros acusados, no rito do júri.

Justamente por corresponderem a momentos distintos, cada uma dessas hipóteses tem características e efeitos peculiares e, quase sempre, igualmente diversos, comportando também por isso comentários individualizados, separadamente.

Na verdade, o artigo 569 não trata, propriamente, do aditamento, havendo quem sustente que não seja possível dar-lhe tal extensão. Contudo, como é possível o aditamento da queixa, e não havendo outro momento explícito para o aditamento espontâneo da denúncia, creio que se possa invocar o dispositivo também para tal finalidade.

1. Professor de Processo Penal da Faculdade de Direito de Franca, mestre e doutorando em Processo Penal pela PUC-São Paulo.

2. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Pequeno Dicionário da Língua Portuguesa*, 11. ed. Civilização Brasileira, 1983, p. 28.

3. Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, 18. ed., São Paulo, Saraiva, 1997, 1º vol., p. 589.

1.2 - Aditamento da queixa subsidiária

O artigo 29, do Código de Processo Penal, trata da chamada Ação Penal Privada Subsidiária da Pública, que conseguiu *status* constitucional, em 1988, conforme previsão no artigo 5º, LIX, sendo cabível quando o Ministério Público deixa de oferecer a denúncia no prazo legal.⁴

Nesse caso, não só o aditamento é possível, como a própria substituição da queixa pela denúncia, se aquela for repudiada tempestivamente.

De fato, no caso de ação penal privada subsidiária, as atribuições do Ministério Público são mais amplas e, como se trata de crime de ação penal pública, vige o princípio da obrigatoriedade, sendo cabível, por analogia, a aplicação do artigo 28, se o aditamento não for feito.⁵

Mas, como escreveu ESPÍNOLA, “poderá, invés (de repudiar) aceitar a promotoria a situação criada pela instauração da ação penal mediante queixa, mas, então, aditará essa queixa....”⁶

1.3 - Aditamento previsto no artigo 45⁷

Antes de comentar especificamente o dispositivo, convém recordar que a ação penal é informada pelo princípio da indivisibilidade⁸, que deve ser fiscalizado pelo Ministério Público⁹, e a renúncia em relação a um dos autores do crime, a todos se estenderá, dispõe o artigo 49 do CPP.

Está claro que o dispositivo não cuida da hipótese de conexão entre crime de iniciativa privada e crime de ação pública, pois nesse caso o Ministério Público oferecerá a denúncia, formando um litisconsórcio ativo¹⁰. Vejamos os demais pontos.

VICENTE GRECO, adota o posicionamento restritivo, segundo o qual o Ministério Público não pode aditar a queixa para incluir fato que demande a iniciativa do ofendido, por violar a regra da legitimação, e também para incluir co-réu; a omissão do ofendido configura renúncia, que, no segundo caso, se estende aos demais réus. Justifica seu ponto de vista com o argumento de que se o legislador quisesse permitir ao Ministério Público conduzir a ação penal pelo simples impulso oficial do ofendido, teria optado pela ação penal pública condicionada

4. CPP, art. 29: “Será admitida a ação privada subsidiária, cabe ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal”.

5. Cf. Julio Fabbrini Mirabete. *Processo Penal*. Atlas, 1996, p. 137.

⁶ Eduardo Espínola Filho. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, vol. 1, p. 378

7. Dispõe o artigo 45 que “a queixa, ainda quando a ação penal for privativa do ofendido, poderá ser aditada pelo Ministério Público, a quem caberá intervir em todos os termos subsequentes do processo”.

8. Nesse ponto seria possível abrir-se nova frente de discussão sobre se o princípio aplica-se também à ação penal pública, tendo em vista que somente há dispositivo expresso relativamente à ação penal privada. Sobre esse tema remete-se ao artigo “Ação penal pública e o princípio da indivisibilidade”, de autoria de Afranio Jardim, in *Direito Processual Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 293 e ss.

9. CPP, art. 48 “A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará o processo de todos e o Ministério Público velará por sua indivisibilidade”.

10. Julio Fabbrini Mirabete, op. cit. p. 136 e, com argumentação irresponsável, Tourinho Filho (op. cit. p. 589)

à representação. Sugere que o Ministério Público, velando pelo princípio da indivisibilidade, proponha que o querelante adite a queixa para a inclusão de co-réu, sob pena de se considerar renúncia tácita, extensível a todos.¹¹

Esse sempre foi nosso entendimento, tendo por ele nos pautado na prática, embora a situação seja de ocorrência pouco comum, como se sabe.

No entanto, a questão está longe de ser pacífica, como se procurará demonstrar. O dissenso se dá não apenas quanto à forma, mas sobretudo quanto ao conteúdo do aditamento, nessa hipótese.

Segundo MIRABETE, em face do que consta dos artigos 41 e 43, poderá o Ministério Público aditar a queixa para acrescentar circunstâncias que influam na caracterização do crime e sua classificação ou na fixação da pena. Com relação a co-réu, admite quando a inclusão, na inicial, não tiver sido possível em virtude de desconhecimento da identidade ou falta de provas da participação, pois nesse caso não teria a omissão sido voluntária.¹²

CAPEZ não admite o aditamento, pelo Ministério Público, para a inclusão de outros crimes e querelados, pois que estaria invadindo a esfera de legitimidade do ofendido, sendo que a omissão de algum dos ofensores, pelo querelante, configura renúncia tácita, e conseqüente extinção da punibilidade em relação a todos (CPP, art. 49).¹³

O clássico ESPÍNOLA não mencionou o que poderia conter o aditamento.¹⁴

CÂMARA LEAL, comentando o artigo 45, alerta: “cumpre, contudo, notar que a intervenção do Ministério Público não deverá ser tal, a ponto de assumir a direção principal do processo, pois isso seria uma inversão da ordem processual, dado o caráter privado da ação e a função principal que incumbe à parte queixosa”.¹⁵ Contudo, essa posição aparentemente restritiva não é mantida quando se refere especificamente à atividade fiscalizadora do princípio da indivisibilidade (art. 48), pois afirma: “No caso de exclusão de infratores pela queixa, ao Ministério Público incumbe velar pela indivisibilidade da ação, incluindo em aditamento à queixa todos quantos tenham sido indevidamente excluídos pelo queixoso”.¹⁶

TOURINHO é defensor intransigente da corrente que admite ser possível ao Ministério Público aditar a queixa para inclusão de co-réu. Aliás, não apenas admite-o como recomenda, asseverando tratar-se de dever institucional. A esse respeito escreveu substancioso artigo, em apêndice ao 1º volume de sua já consagrada obra doutrinária.¹⁷

Em primeiro lugar, há que se concordar com TOURINHO quando sustenta ser açodado o procedimento do órgão do Ministério Público que, no caso de não inclusão de algum co-réu, requer ao juiz a extinção da punibilidade, com fulcro no art. 107, V, 1ª figura, sob o argumento de que tal conduta implica renúncia tácita.

11. Vicente Greco Filho. *Manual de Processo Penal*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 112.

12. Julio Fabrini Mirabete, op. cit., p. 136.

13. Fernando Capez. *Curso de Processo Penal*, São Paulo, Saraiva, 1997, pp. 120-121

14. Eduardo Espinola Filho, op. cit., p. 113.

15. Antonio Luiz da Câmara Leal. *Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1943, vol. I, p. 203

16. Idem, p. 208.

17. Fernando da Costa Tourinho Filho, op. cit. pp. 589/604.

Convenhamos que, em tal caso, é demais supor, *prima facie*, que o querelante quisesse renunciar, quando, em verdade, agiu demonstrando exatamente o contrário: apresentou a queixa.

Por outro lado, realmente, se a omissão de um dos querelados na queixa implicasse renúncia tácita, não teria qualquer sentido o disposto no artigo 48 do CPP, ao proclamar: “a queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará o processo de todos e o Ministério Público velará por sua indivisibilidade”.¹⁸

Nesse passo, TOURINHO preleciona que, uma vez ofertada a queixa, os outros querelados devem ser incluídos, “*por aquele a quem competir velar pela indivisibilidade da ação penal privada*”, mas, ao mesmo tempo, alerta que, “*se, após o aditamento, o querelante, expressamente, manifestar seu desagrado e sua repulsa àquele ato, por ter sido seu propósito inicial a efetiva exclusão por esta ou aquela circunstância, aí, então, inteira aplicação terá a regra do artigo 49 do Código de Processo Penal, que proclama a comunicabilidade da renúncia, alcançando a todos*”.

Nesse ponto é que não concordamos com o ilustre mestre, afigurando-se-nos mais adequando que o Ministério Público propugne pela intimação do querelante, para manifestar-se quanto à inclusão, caso que haverá oportunidade, inclusive, de se reconhecer a renúncia tácita, forma admitida pela lei (CPP, art. 57 e CP, art.104), não sendo necessário fazê-lo expressamente, como sugerido por aquele autor.

Nas mesas de Processo Penal da USP¹⁹, concluiu-se, através da Súmula n. 16: “Em face dos princípios que regem a ação penal privada, não é possível aditamento à queixa, pelo Ministério Público, para inclusão de co-réu”.

Em decisão que declarou impertinente a atuação do Ministério Público para incluir co-réu, o TACRIM-SP²⁰ considerou que o Ministério Público, no caso, figura como assistente do querelante. No entanto, ao que nos parece, a atuação Ministerial não é a de mero assistente da parte, o que pressuporia faculdade de oficiar, mas decorre de sua função de *custus-legis*, devendo ser sempre intimado, pois deve oficiar quer tenha aditado, ou não.

Essas questões todas estariam obviadas se o legislador tivesse optado somente pelo instituto da representação, que já atenderia, como diz AFRANIO JARDIM²¹, aos ponderáveis interesses que se procura tutelar através da ação penal privada.

De outro lado, “*razões de conveniência a até de moralidade, como o parentesco, a gratidão, justificariam a renúncia ao exercício da queixa em relação apenas a algum ou alguns dos ofensores*”.²²

18. Idem, p. 591

19. Apud Fernando da Costa Tourinho Filho, op. cit. p.604.

20. RT 533/354

21. Afranio Silva Jardim. *Ação Penal Pública – Princípio da Obrigatoriedade*, Rio de Janeiro, 3 ed. Forense, 1998, p. 27

22. Hélio Tornaghi. *Curso de Processo Penal*, 7. ed., São Paulo, Saraiva, 1990, p. 63.

I.4 - Aditamento previsto no art. 384 § único do Código de Processo Penal

O dispositivo regula o procedimento em caso de *mutatio libelli*, com exasperação da pena pelo novo fato.²³ Na verdade, o correto seria que o aditamento fosse feito, também, nas hipóteses do *caput*, ou seja, o aditamento deveria ser obrigatório sempre que a “circunstância elementar” não estivesse expressa na inicial, independente da pena.²⁴

Logo se vê que essa hipótese de aditamento é bem diferente das demais, pois decorre de iniciativa do juiz, dando ensejo a questionamentos sobre o sistema acusatório²⁵, prejulgamento e conseqüente impedimento do julgador, assim como o estabelecimento de imputação alternativa,²⁶ assuntos que fogem aos comentários ora feitos.²⁷

Outro aspecto a considerar-se, nesse ponto, é a aplicação desse aditamento apenas aos crimes de ação penal pública, pois o dispositivo quando se refere à queixa, deixa claro que se trata de ação penal privada subsidiária.²⁸

SERGIO SHIMURA sustenta que seja possível também ao querelante formular o aditamento, nessa fase, invocando-se o artigo 3º do Código de Processo Penal, que alude à aplicação analógica.²⁹

No entanto, embora pareça, as duas posições acima não se contradizem e podem coexistir, pois, para nós, o que não se deve admitir é que o juiz formule a proposta de aditamento, o que não impede que o querelante o faça, a qualquer tempo, nos termos do artigo 569 do CPP.

23. CCP, art. 384 § único: Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, afim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública”.

24. Se assim fosse feito, haveria maiores e melhores condições para se efetivar os princípios do contraditório e da ampla defesa, preservando-se, de outro lado, a inércia judicial.

25. Cf. Vicente Greco Filho, op. cit. p. 289.

26. Cf. Afranio Silva Jardim, “Da Imputação alternativa no Processo Penal”, in *Direito Processual Penal*, Rio de Janeiro, 6. ed. Forense, p. 157 e ss

27. Aditar a denúncia, nesse caso, “significa formular a imputação em novos termos, acrescentando as circunstâncias que agravam a acusação”, não sendo admitida a ampliação de novos fatos, pois refere-se à nova definição jurídica do fato constante da inicial (Julio Fabrini Mirabete, op.cit. p. 448)

28. Vicente Greco (op. cit. p. 290) preleciona que o procedimento, que configura caso de inquisitivism judicial, só é compreensível e justificável para os crimes de ação penal pública, em virtude da indisponibilidade que a informa, enquanto que na ação penal privada prevalecem a oportunidade e a disponibilidade, de modo que, se o ofendido não toma a iniciativa de trazer todo o fato ao exame do judiciário, não será o juiz que irá provocá-lo, devendo fazer o aditamento também por sua iniciativa.

29. Sérgio Seiji Shimura, Breves considerações sobre a “emendatio libelli” e a “mutatio libelli”, Revista *Justitia*, 153/34.

I.5 - O artigo 569 do Código de Processo Penal

Como mencionado na introdução, para alguns, este dispositivo não refere a aditamento, mas à correção de falhas e omissões da denúncia. GRECO afirma ser possível apenas a correção de erros puramente formais ou materiais.³⁰

Contudo, além dessas correções, reconhece-se ao Ministério Público o direito de promover o aditamento da denúncia, a qualquer tempo, durante a instrução, seja para incluir novos ilícitos, ampliar a imputação a novos acusados, como preleciona MIRABETE, com apoio de farta jurisprudência.³¹

CÂMARA LEAL chegou a sustentar que o dispositivo permitiria, inclusive, suprir-se a inexistência de denúncia ou queixa³², mas o exagero ficou bem demonstrado na autorizada crítica de ESPÍNOLA, que não parece adotar a posição que admite tão somente as correções materiais, pois, com exceção à possibilidade de suprir-se a inexistência das iniciais acusatórias, no mais concorda com CÂMARA LEAL, inclusive quanto ao significado da do verbo suprir, como empregado pelo legislador: “preencher a falta”.³³ BORGES DA ROSA, da mesma forma, só exclui a possibilidade de suprimento da falta da denúncia ou da queixa.³⁴

Nesse sentido já se posicionou a egrégia Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, ao definir: “Qualquer outro aditamento insere-se na órbita de exclusividade do Ministério Público, e sua previsão legal é a do artigo 569 do CPP. Haja inércia ministerial, poder-se-á intentar ação penal subsidiária.”³⁵

Assim, a invocação do dispositivo para o aditamento nos parece indicada, quando se tratar de iniciativa do Ministério Público ou do ofendido, antecipando a possível provocação do juiz, de conformidade com o art. 384, § único, também porque não se aplicaria nesse último caso à ação penal privada principal.

Em outras palavras: a qualquer tempo, antes da sentença, pode o Ministério Público (ou o ofendido) aditar a inicial, independentemente de qualquer providência do juízo, à luz do artigo 569 do CPP, conforme já sustentou o já referido Sérgio Shimura, ao comentar a *mutatio libelli*, com apoio em aresto do TACRIM-SP (RT 337/249).³⁶

II - Conclusões

1. O Ministério Público deve ser sempre oficial nas ações penais privadas, independentemente de haver, ou não, aditado a queixa.

30. Vicente Greco Filho, op. cit. p. 271.

31. Julio Fabrini Mirabete, op. cit. p. 133.

32. Antonio Luiz da Câmara Leal, op. cit. vol. IV, p. 21.

33. Eduardo Espínola Filho, op. cit. v. 5, p. 404

34. Inocêncio Borges da Rosa. *Processo Penal Brasileiro*, vol. 3, Porto Alegre, Livraria do Globo, 1942, p. 393.

35. José Emanuel Burle Filho e Eduardo Silveira Melo Rodrigues. *O artigo 28 do CPP*, São Paulo, APMP, 1995.

36. Sérgio Seiji Shimura, op. cit. p. 39

2. O Ministério Público não pode aditar a queixa, nas ações privadas, para a inclusão de co-réu.

3. O Ministério Público, velando pelo princípio da indivisibilidade, deve propor que o querelante adite a queixa para a inclusão de co-réu, sob pena de se considerar renúncia tácita, extensível a todos os demais.

4. O instituto da representação já atenderia aos interesses que se procura tutelar através da ação penal privada.

5. Algumas razões, como o parentesco e a gratidão, justificariam a renúncia ao exercício da queixa em relação apenas a algum ou alguns dos ofensores.

6. O aditamento da denúncia ou da queixa deveria ser obrigatório, também, nas hipóteses do artigo 384, *caput*, ou seja, sempre que a “circunstância elementar” não esteja expressa na inicial, pouco importando se a pena permaneça inalterada ou até seja mais branda, com o novo fato.

7. Não se aplica o artigo 384, § único aos crimes de ação penal privada, mas é possível o aditamento da queixa, por iniciativa do querelante, nos termos do artigo 569 do CPP.

TESE 25**TEORIA FINALISTA DA AÇÃO: REFLEXOS NO PROCEDIMENTO DO JÚRI****Geraldo Batista De Siqueira**

Procurador de Justiça/GO

Professor de Direito Penal e Processual Penal – UCG

Marina Da Silva Siqueira

Promotora de Justiça/GO

Henrique Barbacena Neto

Procurador de Justiça/GO

Professor de Direito Penal

Nilma Maria Naves Dias Do Carmo

Procuradora de Justiça

Assessora Jurídica

Mirthes De Almeida Guerra Marques

Procuradora de Justiça

Assessora Jurídica

Reinaldo Edreira Martins

Procurador de Justiça

Kênia Dorneles

Assessora de Procurador de Justiça – MP/GO

Sumário:**I – CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS****II – ELEMENTOS SUBJETIVOS DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE****III - TEORIA FINALISTA DA AÇÃO E PROCESSO PENAL****IV - TESE DA DEFESA****V - CONCLUSÕES**

I – Considerações Prévias:

A adoção da Teoria Finalista da Ação, ação, conduta, parcela inicial do fato típico, vem recebendo, nos últimos tempos, tratamento especial, não apenas no campo doutrinário, como na legislação, penal e processual penal. O legislador de 40, como o fez o legislador de 84, concluíram por consagrá-la de forma a mais explícita, de sorte a não permitir que paire a menor dúvida sobre a opção legislativa tomada.

A Lei 7.209, de 11.07.84, cuja entrada em vigor, deu-se em 13.01.85, em seu art. 20, assim dispõe sobre a matéria: *“o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei”*. O art. 59, do mesmo diploma legal, em parte corolário da disposição legal transcrita, assim vem tipificado: *“o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”*.

O dolo, elemento subjetivo constante que, segundo enfoque da Teoria Causal da Ação, se fazia presente entre as elementares componentes da culpabilidade, não mais figura como sua parte integrante, passando a configurar-se como a alma, o espírito do fato típico, através da ação final, que o corporifica. No juízo de tipicidade, a partir do momento da persecução penal, em ambas as fases, imprescindível se faz a valoração do dolo para se chegar a um fato concreto, correspondente a uma definição penal, à subsunção ao modelo legal previsto, enfim. Só o reconhecimento do dolo, parte subjetiva do tipo penal assinalando o **desvalor da ação**, propiciaria o domínio de recursos hermenêuticos ensejadores de um juízo apto a estabelecer a diferenciação entre figuras típicas, objetivamente construídas sobre a mesma base, estrutura típica, porém, amoldadas em exemplos penais diversos: homicídio consumado (art. 121, CP) e lesão corporal letal (art. 129, § 3º, CP), só se destacam, em função da força, emanada do dolo, animador dos mencionados tipos penais, em nada se distinguindo um do outro, pelo **desvalor do resultado**, que está na morte do sujeito passivo das mencionadas infrações. Para as vítimas, nos dois exemplos enfocados, haverá dezenas de outros exemplos, nenhuma diferenciação se faria sentir. O resultado, sempre o mesmo: a morte do sujeito passivo das mencionadas infrações penais. Aliás, é oportuno que se diga, dispomos em nosso Código Penal, de cerca de cinquenta (50) figuras penais, cuja tônica recai no resultado morte da vítima. Homicídio, entretanto, somente o encontramos no tipo penal incrustado no art. 121 e seus parágrafos.

Nosso legislador, atento à adoção do finalismo, na explicação do conteúdo da ação inserida no art. 59, antes no art. 42, corolário, conseqüente do art. 20, **a substituição das circunstâncias judiciais, intensidade do dolo e grau da culpa pela circunstância culpabilidade**, evitando-se, desse modo, a possibilidade de ocorrência do *bis in idem*. Mesmo na vigência do Código Penal de 40, Parte Geral, na elaboração da tipologia penal, inquestionável aparecia a prevalência da Teoria Finalista da Ação, visto que os tipos delitivos, ali postos, na Parte Especial, o são na modalidade dolosa, tendo em vista que as exceções culposas, para confirmar a previsão do dolo no contexto do tipo, vem enumerado de forma expressa: art. 121, § 3º: *“se o homicídio é culposo”*.

II – Elementos subjetivos das excludentes de ilicitude:

Numa visão verdadeiramente finalista da ação, realizável, segundo a Teoria Finalista, no contexto do Direito Penal, há de realizar-se, concretiza-se, numa ampla abrangência, amplitude necessária para alcançar a totalidade dos tipos penais: tipos proibitivos e tipos permissivos. Nesse raciocínio, a tipicidade penal permissiva (arts. 23/25, CP), por exemplo, como a que encontra expressão em normas penais incriminadoras, só se perfazem quando atendida a congruência entre seus elementos, objetivos e subjetivos. EUGÊNIO RAUL ZAFARONI e JOSÉ HENRIQUE PIERANGELLI, na monumental obra, MANUAL DE DIREITO PENAL BRASILEIRO – Parte Geral, com a precisão, a segurança de sempre, dissertam: “Assim como o tipo proibitivo requer uma congruência entre seus aspectos objetivos e subjetivos, também ela é requerida no tipo permissivo, nele abrangendo aspectos cognoscitivos que são pressupostos necessários dos aspectos volitivos” e exemplificam: “*imagine-se que um sujeito joga sobre outro um líquido corrosivo, para arruinar sua roupa, ignorando que ele lhe aponta uma pistola*”¹.

Não se teria configurado a excludente de ilicitude, consubstanciada numa hipótese de legítima defesa própria, o que se explica pela carência dos elementos cognoscitivo e volitivo, na conduta típica do agente, indispensáveis ao aperfeiçoamento da mesma.

CARLOS VICO MAÑAS, seguindo nessa linha de pensamento, citando WELZEL, assim coloca a matéria: “*Por esse motivo, inovou WELZEL, também a finalidade deve ser considerada já na primeira fase da teoria do delito, ou seja, na tipicidade e, em seguida, nas demais.*”².

Os elementos subjetivos da legítima defesa, como das demais causas de justificação residem na consciência da agressão e a vontade de defesa, escreve JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, que acrescenta: “*a consciência deve ter por objeto a agressão com suas qualidades de injusto, atual e iminente. A vontade deve ter por conteúdo a finalidade da defesa*”³.

CÉZAR ROBERTO BITENCOURT lembra posição isolada de setor doutrinário para o qual a antijuridicidade é meramente objetiva, sendo indiferente a relação anímica entre o agente e o fato justificado, completando sua colocação, ao expor, a respeito do tema, o entendimento majoritário: “*Assim como há elementos objetivos e subjetivos no tipo, originando a divisão em tipo objetivo e tipo subjetivo, nas causas de justificação há igualmente componentes objetivos e subjetivos*”⁴. É a mesma posição de JUAREZ TAVARES em Teoria do Delito⁵.

LUIZ REGIS DO PRADO, em síntese, que prima pela inteligência da colocação do problema, assim se expressa: “*Subjetivo: “Conhecimento da agressão e vontade de defesa. O agente deve ser portador do elemento subjetivo, consistente na ciência da agressão e no ânimo ou*

1. ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELLI, José Henrique – Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral, p. 577;

2. MAÑAS, Carlos Vico – O Princípio da Insignificância como Excludente de Tipicidade, p. 51, e, A Concepção Material do Tipo Penal – Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo n.º 30, p. 147/151;

3. SANTOS, Juarez Cirino dos – Teoria do Crime, p. 51, n.º 1.1;

4. BITENCOURT, César Roberto – Manual de Direito Penal, Parte Geral, p. 245;

5. TAVARES, Juarez – Teoria do Delito, p. 65;

*vontade (animus defendendi) de atuar em defesa de direito seu ou de outrem*¹⁶.

Como ocorre com a tipicidade proibitiva, a imprescindibilidade das duas vertentes objetiva e subjetiva, na sua base estrutural, a tipicidade permissiva (arts. 23/25, CP) reclama, igualmente, pela presença das mesmas elementares, objetiva e subjetiva, que dão vida aos tipos penais insculpidos no Código Penal, a partir de seu art. 121.

A subsunção de uma conduta humana a um modelo penal permissivo só se viabiliza com a congruência entre suas elementares, objetiva e subjetiva.

III – Teoria finalista da ação e processo penal

O presente tópico tem por objeto a demonstração da aplicação da Teoria Finalista da Ação ao Processo Penal, indicando os reflexos na solução de casos concretos, que surgem no cotidiano forense.

Poucos dos estudiosos da Ciência Penal, entre nós, tiveram ou têm preocupação mais séria com as conseqüências decorrentes dos reflexos da Teoria Finalista, da ação final no Processo Penal. Raros mesmo, senão raríssimos, os estudiosos, além do Professor MIGUEL BATISTA DE SIQUEIRA e do Promotor de Justiça MUNIR GAZAL, atentaram para a importância teórica e prática do estudo. Na jurisprudência, então, farta, opulenta mesmo, é a safra de juízos de admissibilidade de acusação baixados, no qual restou olvidado, por completo, até um mínimo de valoração sobre o dolo, ocorrente no tipo penal, objeto da pretensão punitiva ajuizada, limitando-se o ofício jurisdicional inicial, à singela apreciação dos requisitos da base objetiva, material, quando o alcance do ato jurisdicional não se estaciona nos limites meramente descritivos do aspecto objetivo do tipo penal, em comentário.

Dado o que vimos, até o momento, não conseguimos recepcionar e assimilar a posição doutrinária do Professor e Promotor de Justiça paulista, MAURÍCIO ANTÔNIO RIBEIRO LOPES, que realça, com ênfase: *“Saber se o dolo é elemento do tipo ou da culpabilidade é questão bizantina que tem atrasado a evolução do direito penal, resgate de um academicismo sem sentido no mundo moderno”*¹⁷.

Ora, Professor, já imaginou a situação daquele estabanoado comerciário, que derrubasse e quebrasse a louça chinesa, por exemplo, da loja do patrão, num movimento tão prudente ou negligente? Induvidosamente, ausente o dolo no evento figurado, mesmo assim a situação do seu responsável seria postergada para a fase sentencial do processo, quando, de outra visão, o assunto estaria sepultado e para sempre, já no juízo de admissibilidade da ação penal, com a rejeição da postulação acusatória sendo o dolo tratado no centro nervoso do tipo, isto, se o assunto já não ficasse liquidado, ainda no inquérito policial.

Muito grave e sério, ainda, é o que se passa no juízo de admissibilidade da pretensão punitiva recebida: são condenações, cujos prolores (predominância dos relatores), se contentam, simplesmente, com a verificação da ocorrência do tipo objetivo, associado à constatação da autoria do mesmo, por parte do acusado submetido a julgamento. Vezes há, a

6. PRADO, Luiz Regis do – Curso de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral – 1/252;

7. LOPES, Maurício Antônio Ribeiro – Princípio da Insignificância, p. 37;

partir do ato acusatório, temos o sucesso do processo penal condenatório, carente, porém, até de elementares normativas jurídicas, como nos exemplos: as elementares sem justa causa, indevidamente, ato de ofício; ou elementares normativas culturais: mulher honesta, inexperiência ou justificável confiança, na sedução (art. 217, CP): “*o acusado, condenado por ter conjunção carnal com mulher virgem, na faixa etária dos quinze (15) anos*”.

Decisão inepta, originária de denúncia ou queixa, padecendo do mesmo vício processual, inépcia na omissão da narrativa referente ao dolo, elementar subjetiva, inseparável do contexto da tipicidade penal, encontramos até em julgados do STF, sob o inacreditável argumento de que em sede de *habeas corpus* surgiria a impertinência de qualquer discussão acerca da presença do dolo na conduta do paciente, decisão que seria protelada para o momento final da causa, orientação que importa na exclusão de parcela subjetiva, inerente à estrutura do tipo penal.

Da lavra do saudoso Ministro CORDEIRO GUERRA, vem-nos um julgamento, que traduz bem a situação narrada, que a imprensa chegou a rotulá-lo: “*O sorriso no banco dos réus*”. O acusado, sucumbente no *habeas corpus*, respondia a um processo por causa de um sorriso, que ele dera, como advogado, em uma audiência trabalhista. A ordem de *habeas corpus* foi negada pela Suprema Corte. Razão: defeso seria examinar-se a ocorrência ou não do dolo naquele julgamento. Somente na fase da apresentação da prestação jurisdicional seria comportável a apreciação pretendida.

Exigindo-se, nos tipos penais permissivos, em consequência de lei, a congruência entre suas elementares, já mencionadas, haverá de suscitar-se, necessariamente, reflexos processuais, não restritos à ação penal e à sentença, prolongando-se até o procedimento do Júri (art. 484, II, CPP), para alcançar mais ato processual, o conteúdo do libelo, art. 417, CPP, por exemplo.

Assim como um comportamento humano não se adornaria dos atributos da tipicidade proibitiva se ausente, na mesma, a vertente subjetiva, os tipos permissivos em normas penais não incriminadoras, só se elevariam às culminâncias do fato típico se, ao lado material do fato (agressão injusta, atual ou iminente ou a presença de perigo atual, não provocado pelo agente, etc., arts. 23/25, CP, tivessem a correspondente parcela subjetiva do tipo penal permissivo.

O autor, preclaro Professor FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, eminente jurista que se desponta na área penal, transcreve passagem de CURI, *apud* ALBERTO SILVA FRANCO, em que se elucida, a contento, a exigência de congruência entre os aspectos objetivo e subjetivo do tipo permissivo: “*Não age em estado de necessidade quem furta um medicamento raro e o subministra a seu cônjuge que nesse intervalo havia contraído uma enfermidade delicada, só suscetível de regressão por esse meio ao qual o delinqüente não poderia recorrer em outras circunstâncias, dada a exigüidade de seus recursos*”⁸.

IV – Tese da defesa:

A defesa do réu, no Tribunal do Júri, quando baseada em excludente de ilicitude, por exemplo, para chegar ao juízo absolutório, advindo das respostas dos jurados, os juízes de fato, os únicos com alguma ressonância popular, deverá exercitar-se no sentido do reconhecimento e

8. PEDROSO, Fernando de Almeida – Direito Penal, 3ª edição, p. 374;

acolhida do tipo permissivo, com projeção para toda sua dimensão estrutural, isto é, uma decisão que cobrisse seus aspectos objetivos e subjetivos.

Da acusação exige-se as mesmas atividades processuais, ainda que a mesma não tenha o ônus de “provar tudo”, como quer o Desembargador AMILTON DE CARVALHO, em decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Revista Jurídica 264/30). A acusação se realizaria de forma inepta e incompleta, caso se descuidasse do tipo na complementação da figura penal procurada (arts. 23/25, CP).

Não é de se surpreender com a apontada falha, quando se depara, e a todo momento, com decisões de pronúncia, ato processual de encerramento do juízo de formação da culpa, dado por satisfeito, tão-somente, com dois fundamentos: a prova da autoria do fato típico, imputada ao réu, conjugada com a demonstração da materialidade do mesmo. Ora, causa objetiva e subjetiva da infração penal, são dados importantes e impreteríveis da referida peça processual mas insuficientes para o fim a que se propõem. Materialidade típica, resultante da conduta do acusado, aliada a autoria comprovada, não leva ninguém às barras do Tribunal do Júri, ainda que sua validade dependesse do duplo grau de jurisdição, a sua chancela.

A acusação, no libelo, por exemplo, conforme a hipótese fática e, na seqüência no Plenário do Júri procuraria, no empenho da busca da prevalência da pretensão acusatória, demonstrar, com os autos, a inoportunidade dos aspectos subjetivos do tipo penal, realizado pelo réu, isto, na dependência da aceitação anterior, dos dados objetivos da figura penal invocada, a título de tese da defesa. De nada serviria a confirmação da base material, objetiva, que elidiria a imputação ao réu. A congruência é a exigência final a coroar o *judicium*.

À defesa, intelectualmente, bem representada, caberia, com toda propriedade, o mister processual de comprovação de todas as elementares do tipo penal permissivo, posto como recurso para o encontro de um resultado a seu favor.

V – Conclusões

I – Em face de nossa legislação, principalmente, a partir do advento da Lei 7.209, de 11.07.84, nos artigos 20 e 59, o enfoque dos mesmos na teoria do delito nos vem com a Teoria Finalista da Ação, que inspira reflexos necessários em todo o processo penal, sobressaindo as influências no Processo Penal de conhecimento condenatório, a repercutir diretamente no questionário (art. 484, CPP), o qual deverá contar com a inserção das elementares subjetivas: conhecimento da ocorrência do fato típico, do qual se defende, assim como a vontade definida, clara, de defender-se ou defender terceiro.

A título de humilde sugestão poderíamos propor para a parte subjetiva do tipo penal permissivo, a seguinte quesitação:

1º - O réu teve conhecimento da agressão injusta, atual ou iminente, a sua pessoa ou a pessoa de terceiro, agressão partida da vítima?

2º - Conhecendo ou conhecedor da agressão, a sua pessoa ou a terceira pessoa, o réu fôra impulsionado pela vontade de defender-se ou defender a terceiro?

A redação do questionário, na hipótese de Estado de Necessidade deve seguir a mesma técnica. As excludentes restantes (art. 23, III, 1ª e 2ª parte, CP), não têm pertinência, quando o tipo, em exame, é o do homicídio.

Finalizando, deve haver uma relação anímica entre o agente e o fato justificado⁹.

VI - Bibliografia

01 – ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELLI, José Henrique – Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral, P. 577;

02 – MAÑAS, Carlos Vico – O Princípio da Insignificância como Excludente de Tipicidade, p. 51, e, A Concepção Material do Tipo Penal – Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo n.º 30, p. 147/151;

03 – SANTOS, Juarez Cirino dos – Teoria do Crime, p. 51, n.º 1.1;

04 – BITENCOURT, Cézár Roberto – Manual de Direito Penal, Parte Geral, p. 245;

05 – TAVARES, Juarez – Teoria do Delito, p. 65;

06 – PRADO, Luiz Regis do – Curso de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral – 1/252;

07 – LOPES, Maurício Antônio Ribeiro – Princípio da Insignificância, p. 37;

08 – PEDROSO, Fernando de Almeida – Direito Penal, 3ª edição, p. 374;

09 – BITENCOURT, Cézár Roberto – Manual de Direito Penal, Parte Geral, p. 245.

9. BITENCOURT, Cézár Roberto – Manual de Direito Penal, Parte Geral, p. 245.

TESE 26

O TRIBUNAL DO JÚRI E O VALOR DA PROVA OBTIDA NO INQUÉRITO POLICIAL

Fernando Aurvalle Krebs
Promotores De Justiça-GO
Cláudio Magalhães França
Promotores De Justiça-GO
Ilona Cristhian De Sá
Promotores De Justiça-GO
João Teles De Moura Neto
Promotores De Justiça-GO

I - Exposição de motivos

Não é nova a polêmica sobre o valor probante da prova obtida no inquérito policial. Abalizadas fontes garantistas apregoam até a extirpação das peças informativas dos autos de ação penal, entendendo que na valoração probatória, tirante as provas irrepetíveis, de nenhum valor a prova colhida no inquérito policial. A doutrina e a jurisprudência tem divergido a respeito, muito embora predomine o entendimento de que no procedimento comum, totalmente alheio e diverso do procedimento dos crimes dolosos contra a vida, a prova inquisitorial, se não judicializada no curso do processo penal, não autoriza a prolação de sentença condenatória, servindo apenas para a formação da “*opinio delicti*” por parte do titular da ação penal pública.

O festejado Damásio E. de Jesus, em seu sempre citado *Código de Processo Penal Anotado*, Editora Saraiva, 5ª edição, 1987, p. 227, traz nota sobre a polêmica, citando diversos julgados, admitindo ou não o valor da prova constante do almanaque informativo, cujo teor é o seguinte:

“De acordo com o STF, a decisão condenatória, apoiada exclusivamente no inquérito policial, contraria o princípio constitucional do contraditório” (RTJ 67/74). Posteriormente, entretanto, decidiu o Pretório Excelso que, “de acordo com o princípio do livre convencimento, alicerçado no exame conjunto das provas, é legítima a condenação que se funda na instrução policial não infirmada pela prova colhida na instrução judicial, porque o convencimento do julgador se inspira na realidade dos fatos apurados com isenção e não no lugar onde se faz a colheita das provas”. (RCRIM

1.333-6-DF-2ª Turma, em 14.11.78, v. 01 – Rel. Min. Cordeiro Guerra, DJU 28.12.78, p – 10972-3). Dante Busana tem lição a respeito: “Vigora em nosso processo penal a regra do livre convencimento do juiz, que, respeitadas as poucas exceções legais (CPP, art. 155 e 158), não sofre limitações na formação de seu convencimento. Para isso mesmo, já ensinava o saudoso E. Espindola Filho: “Nada obsta, antes tudo aconselha a que, sem a menor reserva, se valha (o magistrado) da prova existente no inquérito com o convencimento de ser ela a verdadeira e que não foi anulada por fatos ou circunstâncias mais fidedignas conseguidas na instrução criminal” (Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, 3ª ed., 1954, v. 01, p. 256-7)” Parecer na AC 241.455, em 16.06.81, interposta perante o TACrim SP, aceito por unanimidade).

Dita o art. 157, do CPP, que “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação das provas”. Assim, conforme nota de Júlio Fabbrini Mirabete, in Código de Processo Penal Interpretado, ATLAS, 5ª Edição, 1997, pp. 243/244, “Adotou a lei o princípio do *livre convencimento* (ou *livre convicção*, ou *da verdade real*), segundo o qual o juiz forma sua convicção pela livre apreciação da prova, não ficando adstrito a critérios valorativos e apriorísticos e é livre em sua escolha, aceitação e valoração. “Todas as provas são relativas: nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência”(Exposição de Motivos, item VII)”.

Na resenha jurisprudencial constante da nota ao dispositivo legal em voga, consta julgado do TAMG, complementando o raciocínio:

“Princípio do livre convencimento – TAMG: “É válido, de acordo com o sistema adotado pelo Código de Processo Penal, que o juiz forme sua convicção através de prova indireta, ou seja, a partir de indícios veementes que induzem àquele convencimento de maneira indubitosa”(RT 673/357)”. (Júlio Fabbrini Mirabete, in Código de Processo Penal Interpretado, ATLAS, 5ª Edição, 1997, pp. 244)

Harmonizando-se com o expendido, e tecendo nota ao art. 239, CPP, ao analisar o valor probatório dos indícios, dá o mestre Mirabete a conclusão lógica. Vejamos:

“Diante do sistema da livre convicção do juiz, encampado pelo Código, a prova *indiciária*, também chamada circunstancial, tem o mesmo valor das provas diretas, como se ateste na exposição dos motivos, em que se afirma não haver hierarquia de provas, por não existir necessariamente maior ou menor prestígio de uma com relação a qualquer outra (item VI). Assim, indícios múltiplos, concatenados e impregnados de elementos positivos de credibilidade são suficientes para dar base a uma decisão condenatória, máxime quando excluem qualquer hipótese favorável ao acusado.”(Júlio Fabbrini Mirabete, in Código de Processo Penal Interpretado, ATLAS, 5ª Edição, 1997, pp. 313).

Ainda colaciona, na resenha jurisprudencial, o festejado professor, julgados referentes à *vexata quaestio*, que se seguem:

“Validade dos indícios – TJSP: “A lei processual penal abriga a prova indiciária (art. 239 do CPP). Sua aceitação como meio de prova harmoniza-se com o princípio do livre convencimento do juiz. Embora, para certos autores, a prova indiciária seja incompatível com a exigibilidade de certeza da sentença condenatória, se delas não usarmos grassará, muitas vezes, a impunidade. O que se torna indispensável é ter-se uma cautela maior sempre fundada no conhecimento e prudente critério que é dado ao julgador” (RT 718/394). No mesmo sentido, TACRSP : RT 728/543. TACRSP: “Desde os primórdios do Direito, ou seja, da mais remota antigüidade, os indícios e presunções sempre foram admitidos em doutrina, como elementos de convicção. Assim, na ausência de confissão voluntária, a prova de condição subjetiva, tal como o saber ou o conhecer, somente pode ser feita através de indícios e presunções, desde que veementes, ao prudente arbítrio do Juiz. Quando este se despe de seu poder-dever de firmar convicção, por todas as evidências, relegando-a à análise de provas diretas, a impunidade se estabelece como regra geral” (RJDTACRIM 5/169). TACRSP: “Os indícios integram o sistema de articulação de provas e valem por sua idoneidade e pelo acervo de fatores de convencimento (art. 239 do CPP)” (RJDTACRIM 7/149). No mesmo sentido, TACRSP: RJDTACRIM 6/137. ”(Júlio Fabbrini Mirabete, *in* Código de Processo Penal Interpretado, ATLAS, 5ª Edição, 1997, pp. 313).

Analisando o sistema de apreciação das provas, que impera no procedimento do Tribunal do Júri, vê-se que o jurado julga por íntima convicção, tendo uma margem de liberdade maior que o juiz togado ao apreciar o conjunto probatório. Consoante Júlio Fabbrini Mirabete, “Pelo sistema da certeza moral do juiz, ou da íntima convicção, a lei nada diz sobre o valor das provas e a decisão funda-se exclusivamente na certeza moral do juiz, que decide sobre sua admissibilidade, sua avaliação, seu carreamento para os autos. “(*in* Processo Penal, ATLAS, 8ª Edição, 1998, p.266)

Há de se ressaltar, porém, diante do exposto, que com relação aos processos do rito do Tribunal do Júri, ou seja, dolosos contra a vida, cujas provas são dirigidas aos juízes leigos, haverá de cessar a divergência, e deverão as assertivas serem apreciadas sob ótica diversa, visto que o juiz leigo julga através de sua consciência, pela íntima convicção, sem necessidade de fundamentar suas decisões. Tem ele uma liberdade maior que o magistrado togado na valoração probatória. À evidência a decisão deverá estar amparada pela prova dos autos, não importa onde colhida.

Com a maestria que lhe é peculiar, e sob o foco do júri popular, desenvolve com a propriedade o tema o brilhante lente paraense e Promotor de Justiça do 1º Tribunal do Júri da Comarca de São Paulo, Dr. Edilson Mougnot Bonfim, em sua obra “Júri, - Do Inquérito ao Plenário, Saraiva, 1994. Com a devida *venia*, e pinçando trechos do valeroso trabalho, a preciosa lição da apreciação probatória nos procedimentos do júri, pelo juiz leigo, *in verbis*:

“No júri, contudo, como dizíamos, diferentemente do que acontece nos demais processos penais, na balança da valoração probatória, ao *inquérito* empresta-se o mesmo valor que a qualquer outra prova processual. Não existem *prevenções* contra uma ou outra prova; não vingam os juízos apriorísticos como a *teoria das provas*, de que uma possa valer mais que

outra; todas são provas, equivalentes, na medida que *demonstrem e convençam*. Aplica-se, no ato judicante, sabiamente, a conhecida assertiva de Libague, citado por Ferri – perante o tribunal criminal da Reggio Emilia -, de que “a rainha das provas é a lógica humana”. E, desse modo, o procedimento investigatório não se torna somente a ossatura da ação penal; por vezes, mostra-se como a própria musculatura”(opus citatum, p.03).

E arremata o membro do *Parquet* Paulista, distinguindo com precisão a diferenciação da valoração probatória entre o juiz togado e o leigo:

“Cuidando de apurar a prova de um crime, a autoria, o nexo de causalidade, nos delitos cujo procedimento seja comum (ou seja, não afeito aos processos do júri), o inquérito (arts. 4º e s. do CPP) tão-somente embasa a justa causa para a denúncia ministerial. Assim, ao apreciar a ação penal, o juiz togado trata-o, de regra, apenas como “uma prova a mais”...

“Nos crimes dolosos contra a vida, sujeitos à competência do Júri (art.5º, XXXVIII, d, da CF e art. 74, parágrafo primeiro, do CPP), o inquérito policial ganha importância evidenciando-se de duas formas:

“ a) por tratar-se de juiz leigo a quem incumbirá a análise das provas, estes, não sabedor do *quantum* a valorar cada prova processual, poderá revestir o produto das investigações policiais como prova decisória no julgamento, sobrepujando até provas produzidas em juízo;

“b) por tratar o homicídio de infração que deixa vestígios, recomenda-se a máxima celeridade na sua apuração, para que não pereça, no tempo, a execução de medidas e diligências somente possíveis na proximidade do fato típico. Tal cautela, atinente como regra de investigação a todos os delitos, como a bom tempo se verá, no homicídio é de praxe e cuidado redobrados...

“Os julgadores leigos, soberanos no julgamento, decidindo conforme suas convicções, poderão considerar o inquérito não apenas como “mais uma prova”, mas, como “a prova”, tributando-lhe inescandível valor, absolutório ou condenatório”. (opus citatum, pp.07/08)

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás vem admitindo a condenação nos procedimentos do Júri, exclusivamente com base nas provas colhidas no inquérito policial, não refutadas durante a instrução criminal, visto que, por se tratarem de juizes leigos, que não têm a obrigação legal de fundamentar suas decisões, impera o princípio da íntima convicção.

Para comprovar esta afirmação, merecem ser transcritas, adequando-as na parte em que analisam o tema, as seguintes ementas, todas oriundas do TJGO:

“JÚRI - ADMISSIBILIDADE DA PROVA - DECISÃO. - Cada membro do Conselho de Sentença - homem comum do povo e vinculado à comunidade onde ocorreram os fatos - decide com sua íntima convicção, a partir do conteúdo probatório que lhe foi apresentado em plenário. Não está, o jurado, obrigado a valorar a prova como se julgador togado fosse.”.(Apelação Criminal n 19777-4/213, j. 17/10/2000, Des Byron Seabra Guimarães, DJ n 13416, de 09/11/2000, p 17);

“JÚRI. DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. - Para se anular o julgamento do Tribunal do Júri por ser decisão contrária à prova dos autos é necessário que essa contrariedade seja realmente manifesta, excepcional, pois a decisão dos jurados, por imposição constitucional, só pode ser cassada quando não tiver apoio em nenhuma prova, uma vez que, ao contrário do que ocorre nos demais procedimentos, onde prevalece o princípio do livre convencimento, no Júri vigora o princípio da íntima convicção, tendo os jurados a mais ampla liberdade na apreciação da prova. - Apelação improvida”. (Apelação Criminal n. 20106-0/213, j.29/08/2000, Des. Elcy Santos de Melo, DJ n 13378, de 3/09/200);

“JÚRI. O Júri decide por íntima convicção, devendo ser livre para o Conselho de Sentença, formado por pessoas leigas da comunidade, a apreciação instrutória dos autos *in totum*, não obrigatoriamente só a prova produzida em juízo, como necessária ao juiz técnico para estribar uma condenação, pois aqueles decidem sobre matéria fática e não jurídica. Portanto, possível aos Jurados optarem por uma das versões a eles apresentada e lastreada por prova colhida exclusivamente no inquérito policial, devendo tal decisão ser respeitada, face ao princípio da soberania dos veredictos.”(Apelação Criminal n 18912-1/213, j. 18/03/1999, Des Remo Palazzo, DJ n 13023, de 31/03/1999);

“ APELAÇÃO - TRIBUNAL DO JÚRI - PROVAS DO INQUÉRITO POLICIAL - O Tribunal do Júri profere veredicto de acordo com seus valores, por íntima convicção, por isso, não delira da lógica jurídica que se inspire em provas da *informatio delicti* por ser juízo leigo.”(Apelação Criminal n 13824-8/213, j. 09/06/1994, Des Byron Seabra Guimarães DJ, n. 11840, de 16/06/1994);

“Pronúncia: procedimento escalonado. Prova: valoração. Na competência para julgamento pelo Tribunal do Júri, o procedimento é escalonado, o mesmo quer dizer: além da investigação há duas fases outras e seguintes: uma perante o juiz de direito para admissibilidade do julgamento seguinte desde que provadas existência do fato e autoria; na seguinte os jurados são juízes do povo que podem apreciar todas as elementares do crime, analiticamente. A valoração da prova na fase primeira do procedimento escalonado (*iuditio accusationis*) pode ser realizado pelo juiz, na materialidade, com a “prova irrepetível” da investigação; na segunda, ante os jurados que valorarão por “íntima convicção”, em verdade, não se dessume em que ou quais provas se basearam. Pode até ser na investigação, ante o sigilo da votação. Recurso em sentido estrito conhecido e improvido”.(Recurso em Sentido Estrito n 4977-1/220, 24/11/1994, Des Byron Seabra Guimarães, DJ n 11987 de 19/01/1995);

Conforme demonstrado, o Tribunal de Justiça de Goiás começou a firmar tal entendimento, isto é, admitindo a condenação pelo Tribunal do Júri, com base na prova do inquérito policial, sob o argumento de que os juízes leigos que compõem o Conselho de Sentença julgam por íntima convicção, não tendo necessidade de fundamentar sua decisão, ao contrário

dos magistrados de carreira.

Não só o citado pretório espousa este entendimento, mas também o Colendo Superior Tribunal de Justiça, que admite que os jurados decidam até mesmo desprezando as provas produzidas na instrução criminal, acatando a versão do inquérito policial. Senão, vejamos:

“PROCESSO PENAL. JÚRI. DECISÃO. RECURSO. ANULAÇÃO. 1. Decisão do Tribunal do Júri não pode ser anulada, sob o fundamento de que contraria manifestamente a prova dos autos, se a tanto recorre apenas a versão obtida no inquérito desprezando, às inteiras, a prova judicial. Os jurados têm liberdade para escolher uma das versões das testemunhas. 2. Recurso conhecido e provido à unanimidade”.(Recurso Especial n. 25120/92, j. 21.10.1992, rel. Min. Jesus Costa Lima, DJ 23.11.1992, p.21.898).

Diante de todo o exposto, é preciso focar o tema proposto através da ótica peculiar dos procedimentos do Tribunal do Júri, composto por juizes leigos, que, na balança da valoração probatória, podem perscrutar e esquadriñar todo o conjunto probatório, a fim de proferirem suas decisões, sem necessidade de fundamentação, vez que no sistema de apreciação das provas julgam por íntima convicção.

II - Conclusões

Demonstrada a diferença significativa do sistema de apreciação e valoração da prova no procedimento do Tribunal do Júri, totalmente diverso dos demais procedimentos penais, vê-se que o jurado leigo julga por íntima convicção, sem necessidade de fundamentar suas decisões. Não há possibilidade de limitar ou cercear seu convencimento, ainda que a versão acatada pelo conselho de sentença seja estribada no inquérito policial.

Assim, a prova colhida no inquérito policial poderá servir para os jurados proferirem um juízo condenatório, sem que seja violado o devido processo legal, pois os membros do Conselho de Sentença - homens comuns do povo e vinculados à comunidade onde ocorreram os fatos - decidem com sua íntima convicção, a partir do conteúdo probatório que lhe foi apresentado em plenário. Não está, assim, o jurado, obrigado a valorar a prova como se julgador togado fosse.

TESE 27**O CONTRADITÓRIO NO TRIBUNAL DO JÚRI – RÉPLICA E TRÉPLICA****Geraldo Batista de Siqueira**

Procurador de Justiça/GO

Professor de Direito Penal e Processual Penal – UCG

Marina da Silva Siqueira

Promotora de Justiça/GO

Escritora e Poetisa

Mozart Brum Silva

Promotor de Justiça/GO

Presidente da Associação Goiana do MP – AGMP

Miguel Batista de Siqueira Filho

Promotor de Justiça/TO

Professor de Direito Penal e Processual Penal – TO

Kênia Dorneles

Assessora de Procurador de Justiça

Ministério Público do Estado de Goiás

Sumário:**I – O CONTRADITÓRIO NO DIREITO BRASILEIRO****II - AS PARTES NO CONTRADITÓRIO****III – O MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONTRADITÓRIO****IV – RÉPLICA E TRÉPLICA****V - CONCLUSÕES**

I – O contraditório no direito brasileiro

Dada a natureza dialética, em particular do Processo Penal, o processo, por todo o mundo, tem seu desenvolvimento assegurado, através de forma contraditória.

Inobstante a acolhida, hoje, na doutrina da tese de incoerência de lide no processo penal, o mesmo se estrutura, segundo um modelo dialético, contraditório, numa construção legal artificiosa, como, com muito brilhantismo escreve WALDIR AIDAR TUMA: *“O direito moderno construiu o Processo Penal sob a forma de contradição entre dois interesses, mesmo quando sejam convergentes. É comum o réu confessar o crime ou o acusador não pedir a condenação. Ainda assim há, legalmente, o contraditório. Aparente é, todavia, o contraste, visto decorrer tão-só de uma construção legal artificiosa e não da existência de conflito de interesses sobre um mesmo objeto entre acusador e acusado”*⁰¹.

Decorrente de sua posição institucional o interesse que anima o Ministério Público, em todo o curso da relação processual, não está na procedência da pretensão punitiva por ele apresentada (art. 385, CPP).

A dialética, que se traduz numa relação de contradição, com a afirmação (tese), negação (antítese) e conclusão (epílogo) rege, principalmente o evoluir histórico, segundo MARX, baseado na dialética hegeliana, apesar do saber idealista de sua filosofia, enquanto KARL MARX, o criador do socialismo científico, firma suas convicções em parâmetros materialistas.

No Brasil, como resultado de imposição constitucional, art. 5º, LV: *“Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*, fica assegurado às partes o pleno contraditório, excluído simples arremedos de contraditório, como poderá ocorrer com tratamento desigual, dado às partes no curso do processo.

Do princípio do contraditório decorrem duas regras preciosas, importantes, na materialização do princípio do qual promanam, que são: a igualdade processual e a liberdade processual, como preleciona o douto TOURINHO FILHO⁰². A regra ou o princípio da igualdade entre as partes processuais, erige-se em consectário lógico do contraditório e da isonomia, pontifica PAULO CLÁUDIO TOVO, uma das glórias da processualística dos pampas, em seu trabalho INTRODUÇÃO A PRINCIPIOLOGIA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO⁰³.

O princípio do contraditório requer, para sua perfeita caracterização, complementação, ocorrente no tratamento igualitário entre as partes, qualquer que seja os pólos em que militam, atuam.

O conceito lógico de contraditório pressupõe duas figuras, do **dizer** e do **contradizer**, e não uma só, escreve SCARANCE FERNANDES, citando passagem de CARULLI⁰⁴.

01. MINISTÉRIO PÚBLICO COMO PARTE NA RELAÇÃO PROCESSUAL, *Justitia* 75/130;

02. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa – Processo Penal, vol. 1, p. 50;

03. TOVO, Paulo Cláudio – Estudos de Direito Processual Penal, P. 17;

04. SCARANCE FERNANDES, Antônio – Processo Penal Constitucional, p. 57;

O conceituado processualista, AFRÂNIO SILVA JARDIM, que engrandece as fileiras do Ministério Público, entende que dos princípios da imparcialidade do juiz e o do contraditório decorrem os demais princípios informadores do processo penal⁵.

O Professor MIGUEL BATISTA DE SIQUEIRA, em suas APOSTILAS DE DIREITO PROCESSUAL PENAL, coloca bem a posição do princípio do contraditório no processo penal, quando preleciona no sentido de que os princípios da ampla defesa e do contraditório se erigem em instrumentos eficazes na busca da justa composição do litígio. Ambos os princípios citados, não se esgotariam em si mesmos, sobressaindo seu caráter instrumental na perseguição do desiderato, a prestação jurisdicional, materializada segundo suporte probatório, escudado na verdade material, substancial⁶.

II – AS PARTES NO CONTRADITÓRIO:

Dada a forma acusatória de nosso Processo Penal, acentuada a partir do art. 129, I, da Constituição Federal de 1988, mais se evidencia a necessidade da instrução criminal contraditória, quando devemos ter a bilateralidade da audiência (em sentido amplo). Afirma-se, assim, cada vez mais, o contraditório que, como argumenta o preclaro mestre MIRABETE, é garantia constitucional que assegura a ampla defesa do acusado⁷.

O processo, forma civilizada, como afirma EDUARDO G. COUTURE, e atual, de composição de litígio, traz, implícita, sua manifestação em forma dialética, que se desponta como realidade inerente ao processo, a menos que se descuide da força etimológica da palavra processo no seu evoluir procedimental, em toda sua dimensão, só pode operar-se dialeticamente, daí a impossibilidade de exclusão de qualquer dos participantes da cena processual, de qualquer procedimento, aspecto dinâmico seu, através dos diversos *modus faciendi*.

A inobservância de algum aspecto processual, ligado ao contraditório, constitui-se em violação aos cânones constitucionais (art. 5º, LV), ensejando até o acesso à via recursal do recurso extraordinário para nossa mais alta Corte do País. O contraditório, que é ação e reação, deve figurar, com o relevo necessário, na realização do processo, pouco importando a quem se beneficia, se o indivíduo ou a sociedade.

III – O MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONTRADITÓRIO

O contraditório, base de sustentação do Processo Penal moderno, requer, necessariamente, a bilateralidade da audiência, a participação irrestrita das partes, na movimentação da relação processual, o seu epílogo, com a entrega final da prestação jurisdicional.

05. JARDIM, Afrânio Silva- Direito Processual Penal, p. 40, n.º 7.2;

06. SIQUEIRA, Miguel Batista de – Apostilas de Direito Processual Penal, p. 37;

07. MIRABETE, Júlio Fabbrini – Processo Penal, p. 43;

A Constituição Federal, escreve SCARANÇE FERNANDES: “*ao consagrar o contraditório no art. 5º, LV, garante-o no processo criminal, não somente ao acusado, mas também ao Ministério Público*”. E completa o autor citado: “*não se pode invocar, para repelir essa afirmação, o argumento de que a norma constitucional se destina apenas para garantir o indivíduo. Ao se exigir o contraditório também em relação ao Ministério Público, está-se também garantindo o indivíduo, dando-se a certeza de acusação e julgamento imparciais e igualitários*”⁸.

JORGE FIGUEIREDO DIAS, em seu Direito Processual Penal, sustenta a pertinência do contraditório a todo participante do processo⁹.

HIVAÍ BADARÓ, em sua obra, citando ORTEL RAMO - Relação entre Acusação e Sentença é muito feliz na passagem seguinte: “*destacar e distinguir a defesa do princípio do contraditório é relevante na medida em que, embora ligados, é possível violar-se o contraditório sem que se lesione o direito de defesa. Não se pode esquecer que o princípio do contraditório não diz respeito a defesa ou ao direito do réu. O princípio deve aplicar-se em relação a ambas as partes, além de também ser observado pelo próprio juiz*”¹⁰.

IV – RÉPLICA E TRÉPLICA

A atividade acusatória (art. 471, CPP), no plenário do Júri, tem sua seqüência, necessariamente, na resposta da defesa (art. 472, CPP), seguindo-se, agora, facultativamente, a réplica, por parte da acusação (art. 473, 1ª parte, CPP) a qual poderá responder a defesa com a tréplica (art. 473, 2ª parte).

Os prazos para acusação e defesa são de duas horas, sendo de meia hora (art. 474, CPP), o tempo destinado à réplica e tréplica, caso venham a ser exercitados pelas partes. Havendo mais de um réu, no processo, em julgamento, esse lapso temporal se estenderá, em benefício de ambas as partes, até três horas e uma hora para a réplica e para a tréplica (art. 474, § 2º, CPP). Igualdade de tratamento processual. É o contraditório, por seu consectário, a igualdade processual entre autor e réu em todo o curso da relação processual, que tem seu ponto final no Tribunal do Júri.

Ainda, em relação ao procedimento, desenvolvido no plenário do Júri, temos a regra, contida no art. 475, CPP, como conseqüência, a mais explícita da exigência de contraditório, que se erige, mais uma vez, em instrumento de pesquisa, investigação da verdade real, substancial, não se resumindo em prerrogativa processual apenas do acusado, o que inviabilizaria a bilateralidade do contraditório, dificultando o encerramento correto do processo, que é a justa composição dos conflitos de interesses, entre as partes em antagonismo processual.

Na dialética do processo, quando no procedimento do Júri, temos afirmação da acusação (tese), esta deverá ser respondida (antítese) para não fugir ao processo dialético; poderá vir, na seqüência do julgamento, a contestação do autor da ação penal com a réplica que, por sua vez,

08. SCARANÇE FERNANDES, Antônio – Obra citada, p. 57;

09. DIAS, Jorge Figueiredo – Direito Processual Penal, vol. 1, p. 158;

10. BADARÓ, Gustavo Henrique Rigni Ivahi – Correlação entre Acusação e Sentença, p. 39;

poderá sugerir outra contestação, desta feita pela defesa na tréplica. Até aqui, tudo muito bem, só que um juiz do interior de nosso Estado de Goiás, chegou a oferecer-me, após a tréplica da defesa, a oportunidade para uma **quatréplica**, precedente que a defesa se aproveitaria para numa **quintéplica**, e, por aí não parar mais

O ponto central, inspirador do presente trabalho, gira em torno do questionamento acerca da possibilidade de a defesa do acusado, no momento de tréplica, apresentar teses estranhas ao conjunto probatório, até aquele momento desconhecido das partes. Creio, e com firme convicção jurídica, que a resposta é pela negativa, sob pena de se considerar o princípio processual da **bilateralidade da audiência** vir a configurar-se unilateralmente, se não se preocupar com o monstro jurídico criado, uma assustadora figura teratológica no campo da ciência processual penal.

Felizmente, doutrina e jurisprudência, que chega a jurisprudência, não dão receptividade a tal posição interpretativa, a começar pela grande figura da processualística brasileira, TOURINHO FILHO: *“Pode a defesa na tréplica, sustentar tese diversa da sustentada até então? A plenitude da defesa, obviamente, não pode chegar a esses exagerados extremos, até porque seria lesionado outro princípio constitucional, qual seja, o da contraditoriedade. Após a réplica, a acusação não mais terá oportunidade para manifestar-se”*¹¹.

HERMÍNIO A. MARQUES PORTO, trilha o mesmo caminho exegético, lembrando, ainda, como exemplo de violação ao princípio do contraditório, a parte, no Júri, assumir função de testemunha¹². No mesmo exemplo, último citado, MIRABETE menciona, como ofensa ao princípio da contraditoriedade, decisão anulatória de julgamento do júri, em razão de depoimento de advogado¹³.

VICENTE GRECO FILHO encara a controvérsia sob o ângulo do interesse da defesa, porém, numa visualização inédita, mas que não deixa de ser interessante: *“Questiona-se se a defesa pode inovar na tréplica, ou seja, apresentar na tréplica tese até então não constante dos autos. Ainda que isso possa causar surpresa para a acusação, a garantia da ampla defesa assegura que isso seja permitido. Esse expediente, porém, se estrategicamente pretendido pela defesa é muito perigoso, porque pode não haver tréplica se a acusação, na falta de argumento consistente da defesa, não faz a réplica, o que pode levar o réu a ser considerado indefeso”*¹⁴.

Será que teria o condão de afetar o contraditório, com reflexos prejudiciais no desempenho da defesa, o CHORO do Promotor na Tribuna do Júri? A Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal 5/141, n.º 579, publica esta **jóia** de literatura jurídica, assim ementada: *“Júri – Nulidade declarada – Representante do Ministério Público que chorou na apresentação da réplica em audiência – Excesso de passionalismo e falta de profissionalismo – Abalo ao espírito dos jurados – Novo julgamento determinado”*¹⁵.

Será que é maior a influência no espírito dos jurados, do que a cena do réu algemado na sessão do júri?

11. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa – Código de Processo Penal Comentado, vol. 2, p. 93;

12. PORTO, Herminio Alberto Marques – Júri, p. 130 e 136;

13. MIRABETE, Júlio Fabbrini - Código de Processo Penal Interpretado, p. 600;

14. FILHO, Vicente Greco – Manual de Processo Penal, p.428;

15. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, vol. 5, P. 141, n.º 597.

Aqui, nesse meu querido Goiás, tivemos informação de que fora negada a ampliação do tempo para a acusação, quando mais de um réu, em julgamento, no mesmo processo (art. 474, § 2º, CPP), tendo sido, no entanto, permitida a ampliação para a defesa, toda essa barbaridade em nome da ampla defesa.

E por falar em paridade, entre as partes, em contraditório, vem a calhar o que dispõe o art. 261, parágrafo único do Projeto de Lei 4.896, de 1995: “*A defesa deverá ser efetiva exigindo demonstração das teses*”. Consagração, sem dúvida, do contraditório, em toda sua extensão.

Qual seria a solução processual, na sessão do júri, diante de tal situação processual, para se preservar o contraditório pleno, isto é, quando for sustentada tese nova na tréplica? O indeferimento da quesitação a respeito, a mesma solução, que vem sendo dada, em resposta a requerimento sobre matéria não constante dos debates. A defesa, sucumbente, no caso de homicídio, para a desclassificação do tipo penal, postulando a quesitação do homicídio privilegiado (art. 121, § 1º, CP).

V – CONCLUSÕES

1 - O contraditório, expressão maior do processo penal, só alcança a nota do aperfeiçoamento processual, através da participação efetiva das partes em todos os episódios do processo;

2 - O Ministério Público, no exercício da titularidade da ação penal, não será afastado, ainda que em nome do Princípio da Ampla Defesa, de qualquer atividade, que se efetivar no transcorrer da relação processual;

3 - A atividade das partes, no Plenário do Tribunal do Júri, não poderá extrapolar-se dos limites da matéria, que fora objeto do ofício jurisdicional, daí ser defeso, na tréplica a apresentação de tese nova, estranha.

VI - BIBLIOGRAFIA

01 – MINISTÉRIO PÚBLICO COMO PARTE NA RELAÇÃO PROCESSUAL, *Justitia* 75/130;

02 – TOURINHO FILHO, Fernando da Costa – *Processo Penal*, vol. 1, p. 50;

03 – TOVO, Paulo Cláudio – *Estudos de Direito Processual Penal*, P. 17;

04 – SCARANCE FERNANDES, Antônio – *Processo Penal Constitucional*, p. 57;

05 – JARDIM, Afrânio Silva- *Direito Processual Penal*, p. 40, n.º 7.2;

06 – SIQUEIRA, Miguel Batista de – *Apostilas de Direito Processual Penal*, p. 37;

07 – MIRABETE, Júlio Fabbrini – *Processo Penal*, p. 43;

08 – SCARANCE FERNANDES, Antônio – *Obra citada*, p. 57;

- 09 – DIAS, Jorge Figueiredo – Direito Processual Penal, vol. 1, p. 158;
- 10 – BADARÓ, Gustavo Henrique Rigni Ivahi – Correlação entre Acusação e Sentença, p. 39;
- 11 – TOURINHO FILHO, Fernando da Costa – Código de Processo Penal Comentado, vol. 2, p. 93;
- 12 – PORTO, Hermínio Alberto Marques – Júri, p. 130 e 136;
- 13 – MIRABETE, Júlio Fabbrini - Código de Processo Penal Interpretado, p. 600;
- 14 - FILHO, Vicente Greco – Manual de Processo Penal, p.428;
- 15 – Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, vol. 5, P. 141, n.º 597.

TESE 28

INOVAÇÃO DE TESE NA TRÉPLICA

César Dario Mariano da Silva

8º P.J. do II Tribunal do Júri de São Paulo

Sumário:

I. Introdução

II. Fundamentação

III. Conclusão

IV. Bibliografia

I - Introdução

Vem se tornando comum em julgamentos pelo Júri a inovação defensiva durante a tréplica, causando, com isso, enorme prejuízo à acusação. Embora haja quem defenda essa possibilidade, esse artifício afronta princípios basilares do processo penal, dentre eles o do contraditório.

Pretendemos, nesta tese, discorrer sobre esse assunto, que é muito interessante e importante para aqueles que militam na tribuna do Júri.

II - Fundamentação

O processo visa compor um conflito de interesses existente entre as partes. É através dele que o Estado, representado pelo Juiz, terá conhecimento de um fato histórico ocorrido para após, analisadas as provas produzidas pelas partes, chegar a uma decisão. Dessa forma, a produção probatória é essencial no convencimento do Julgador. Por isso, o sistema processual moderno exige a coexistência de três princípios basilares: o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

O devido processo legal consiste no direito da pessoa de não ser privada de sua liberdade e de seus bens, sem a garantia de um processo desenvolvido de acordo com as formalidades previstas em lei (due process of law – CF, art. 5º, LIV). No âmbito do processo penal, garante ao acusado: a ampla defesa; o direito de ser ouvido sobre a acusação que lhe é dirigida; o direito de manifestar-se sobre as provas produzidas; a defesa elaborada por um advogado; o direito de falar sempre após a acusação; a publicidade e motivação das decisões judiciais; o duplo grau de jurisdição e revisão criminal; o direito de ser julgado perante o juiz natural. Vê-se, assim, que esse princípio já engloba o contraditório e a ampla defesa, que passaremos a analisar com mais profundidade a seguir.

Não há como imaginar um processo sem defesa. Se, por um lado, existe a acusação, por outro o particular tem de ser defendido por alguém capacitado a postular em seu nome.

Assim, a ampla defesa implica na utilização, por um profissional habilitado, de todos os métodos morais e legais na defesa de alguém acusado da prática de uma infração. Diz sobre o assunto Nucci:

“O direito à defesa, constitucionalmente previsto, dá segurança ao indivíduo, pois todos sabem que o Estado, mesmo que possa restringir o consagrado direito de liberdade, jamais o fará sem ouvir previamente o interessado, dando-lhe amplas possibilidades de demonstrar sua inocência. Ademais, de acordo com o princípio do estado de inocência, cabe ao poder público demonstrar a sua culpa, facilitando, pois, o exercício efetivo do direito à defesa”.¹

Por outro lado, é certo que mesmo o direito de defesa encontra limites, quais sejam, a lei. É pacífico que o direito à prova não é absoluto. Ele sofre várias restrições previstas no próprio ordenamento jurídico. Por exemplo, não é qualquer pessoa que poderá depor, já que existem as que são proibidas de fazê-lo em face do sigilo profissional (art. 207 do CPP).

Ao Júri não é dado apenas a ampla defesa, mas algo mais flexível, qual seja, a plenitude de defesa. Não vemos como entender que esses conceitos são sinônimos, uma vez que a lei não deve conter palavras inúteis. Plenitude de defesa, em nosso entendimento, é um *plus* a mais do que ampla defesa. É a defesa exercida de modo mais amplo, mas sempre limitada pela lei. O réu, inclusive, tem o direito de ver a sua autodefesa analisada pelos Jurados, mesmo que desprovida de prova nos autos. Além do mais, no conceito de plenitude de defesa está incluído o fato de os Jurados serem tirados de todas as camadas da população.²

O contraditório é, como a ampla defesa e o devido processo legal, um dos pilares do sistema processual. Através desse princípio constitucional, a parte tem garantido o direito de manifestar-se sobre qualquer prova ou alegação. É uma garantia de que a parte contrária não será surpreendida pela produção de uma prova nova sem que possa produzir uma contraprova. No procedimento do júri esse princípio vem claramente demonstrado pelo artigo 475 do Código de Processo Penal.

Assim, quando qualquer das partes juntar uma prova ou fizer alguma alegação, a outra deverá ser cientificada para que se manifeste dentro do prazo legal. Sem essa possibilidade, o contraditório restará violado e processo irremediavelmente nulo.

1. *Júri Princípios Constitucionais*, p. 138.

2. Cf. Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, p. 100.

No julgamento em plenário, como em qualquer procedimento, o contraditório também deve ser observado. A própria lei estabelece o contraditório pleno, quando dá a oportunidade da fala da defesa, logo após a acusação, e réplica e tréplica (arts. 471 a 474 do CPP).

Todavia, alguns doutrinadores e minoritária jurisprudência têm entendido que é lícito ao réu alegar tese nova na tréplica, ou seja, qualquer defesa que não tenha sido aduzida em sua primeira fala.³ O fundamento dessa permissão seria a plenitude de defesa, já que o réu tem o direito de ver todas as suas teses analisadas, bem como pelo fato de o Promotor de Justiça ter o dever de antever qual a tese que poderia ser levantada pela defesa.

Com o devido respeito, não vemos como prevalecer esse entendimento.

Em primeiro lugar, o Promotor de Justiça não tem como saber, com certeza, quais as teses que poderão ser alegadas pela defesa, uma vez que esta pode aduzir algo inusitado sem que isso tenha passado pela mente do Órgão Ministerial. Além disso, a defesa pode, propositadamente, deixar de alegar em sua primeira fala uma defesa pertinente e só levá-la ao final da tréplica, sem que o Ministério Público tenha condições de refutá-la. Essa atitude causará surpresa à acusação e violará o contraditório, ensejando a nulidade absoluta do julgamento. Nem se alegue que o Promotor de Justiça poderia rebater a tese durante um aparte, eis que sabemos que poderia advir, daí, um discurso paralelo, que não deve ser permitido.

Em segundo lugar, a função da tréplica não é lançar uma tese nova, mas contestar a réplica e o libelo e sustentar a contrariedade.⁴ A defesa deve contrariar o libelo logo em sua primeira fala, aduzindo as razões de seu convencimento. Até por lealdade processual não pode invocar uma tese nova justamente quando o Órgão Ministerial não mais poderá rebatê-la.

Por derradeiro, ampla defesa e plenitude de defesa não implicam em fazer tábula rasa da lei. Esses princípios existem, mas encontram seus limites na lei. Ademais, não há como a plenitude de defesa sobrepor-se ao contraditório, pois ambos os princípios devem conviver harmonicamente.

Hermínio Alberto Marques Porto, com sua aguçada visão sobre o Júri, assim se pronunciou sobre o assunto:

“Reaberto, pois, os debates com a réplica e a tréplica, os interesses das partes estão assegurados. Mas, se a defesa técnica, aproveitando a tréplica, apresenta tese defensiva nova, por acréscimo substancial ou alteração fundamental do que tenha pleiteado ao responder à acusação, estará subtraindo da parte autora o direito de contrariar, e que a lei processual assegura restritamente nos limites da réplica; tal inovação defensiva – que é de uso, embora irregular, possível, porque os pontos de defesa não são anteriormente à sessão de julgamento fixados – violenta o contraditório, por isso não podendo gerar quesitos, ou restará cerceada a acusação e viciado o julgamento, competindo, então, ao Juiz Presidente, à frente de inovações defensivas apresentadas na tréplica, que alterem fundamentalmente a interpretação dos fatos e que motivem expresso (incisos III, IV e X do art. 497) protesto da

3. Cf. Guilherme de Souza Nucci, *Júri Princípios Constitucionais*, p. 156-57. Nesse sentido RT 661/269, 630/303 e 696/331.

4. Cf. Pimenta Bueno, *Apostamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro*, 1959, nº 248, p. 442, apud José Frederico Marques, *A Instituição do Júri*, p. 490. : “A réplica é a contestação da contrariedade do réu, e a sustentação do libelo; a tréplica tem por objeto contestar a réplica e o libelo e sustentar a contrariedade”.

acusação, advertir a defesa sobre a violação de princípios do processo, não deferindo, por motivação que fará consignar em ata (inciso XVI do art. 495), quesitos defensivos decorrentes de tal atividade inovatória e cerceadora da acusação”.⁵

Sobre o tema pronunciou-se o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

*“Apelação – Júri – Não demonstrado o prejuízo, descabe anular o processo por ausência de contrariedade ao libelo – Não pode o defensor, na tréplica, inovar, apresentando tese não debatida na primeira fase (homicídio privilegiado), pois isto implicaria em surpresa para o Promotor de Justiça e, portanto, em cerceamento de acusação, violados os princípios do contraditório e ampla defesa (acusação) – Decisão que não contrariou, manifestamente a prova, pois tem respaldo no depoimento de testemunha presencial dos fatos – Recurso desprovido”.*⁶

III - Conclusão

Destarte, caso a defesa alegue tese nova na tréplica, o Juiz-Presidente deve alertá-la sobre a impossibilidade de quesitar essa tese, sob pena de violação ao princípio do contraditório, devendo o incidente constar da ata de julgamento.

IV - Bibliografia

- 1) MARQUES, José Frederico, A Instituição do Júri, Campinas, Bookseller, 1997.
- 2) MARQUES PORTO, Hermínio Alberto, Júri, São Paulo, Saraiva, 1996
- 3) MARIANO DA SILVA, César Dario, Questões Controvertidas sobre o Júri, São Paulo, Leud, 1999.
- 4) MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional, Atlas, São Paulo, 1999.
- 5) NUCCI, Guilherme de Souza, Júri Princípios Constitucionais, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

5. Júri, p. 130.

6. Apelação Criminal nº 300.671.3/0, 3ª C. Crim., Comarca de São Paulo, Rel. Walter Guilherme, 14.11.2000. No mesmo sentido RT 600/393-4.

TESE 29

A PROPOSTA DO QUESITO CULPADO OU INOCENTE - DA IMPOSSIBILIDADE LÓGICA NO SISTEMA DO JÚRI BRASILEIRO

Mauro Viveiros¹
Procurador de justiça

I - Exposição

É tema recorrente entre os autores a crítica sobre a forma de quesitação do Júri, ao argumento de que a complexidade técnica da fórmula freqüentemente leva o jurado a erros e embaraços no oferecimento de suas respostas, azando inúmeros julgamentos por nulidade absoluta. Fala-se, em doutrina, em quesito único, como no sistema anglo-saxão: culpado ou inocente, como fonte milagrosa na solução do que entendem um “grave problema”.

O projeto 4.900/95 previa no art. 483, III, logo depois dos quesitos relativos à materialidade do fato e a autoria ou participação, a obrigatoriedade de se indagar “se o acusado deve ser condenado”. O projeto 2000, que dispõe sobre o novo procedimento do júri, o substituiu e se acha sob o crivo do Congresso Nacional, modificou o dispositivo, acrescentando a indagação de absolvição, invertendo a redação. Ficou assim o inciso: “III - se o acusado deve ser absolvido ou condenado”. Além disso, dispôs no § 2º daquele artigo: “Respondidos afirmativamente, por mais de três jurados, os quesitos relativos aos incisos I e II, será formulado o terceiro quesito, com a seguinte redação: “o jurado absolve ou condena o acusado”.

Seguindo a mesma intenção de simplificação dos quesitos, o projeto foi mais rígido do que o anterior, ao impor uma redação obrigatória ao quesito em exame e ao criar cédulas próprias e obrigatórias com as palavras “condeno” ou “absolvo”. Segundo a exposição de motivos, “o questionário é sensivelmente simplificado, perdendo em complexidade e ganhando em objetividade e simplicidade. O Conselho de Sentença será questionado sobre matéria de fato. Os quesitos devem ser redigidos em proposições afirmativas, simples e distintas, não se permitindo sua formulação com indagações negativas. A simplificação alcançou o máximo possível, com a formulação de apenas três quesitos básicos para obter-se a condenação ou absolvição: a) a materialidade do fato; b) autoria ou participação; e c) se o acusado deve ser absolvido ou condenado”.²

1. O autor é Procurador de Justiça no Estado de Mato Grosso

II - Fundamentação:

A proposta de se perscrutar a culpabilidade, indagando-se, simplesmente, “se o acusado deve ser absolvido ou condenado”, além de não se adequar ao princípio do sigilo constitucional do voto, da incomunicabilidade e da íntima convicção dos jurados, apresentaria impossibilidade de se identificar o fundamento da decisão se absolutória, pois a afirmativa de “inocência” configuraria resposta vaga, insuficiente para traduzir a real decisão do júri.

É certo que tanto o projeto, quanto o anteprojeto prevêem que da ata dos trabalhos devem constar “os debates e as alegações das partes com os respectivos fundamentos”(art. 495, XIV), a fim de se conhecer o que foi postulado e, enfim, poder se detectar a causa provável da absolvição. Entretanto, quando há cumulação de teses defensivas, é impossível conhecer a intenção dos jurados, saber qual daquelas, ou se todas as teses foram acolhidas.

Com efeito, perseguindo objetivos de simplificação e objetividade, o projeto proíbe a indagação específica ao Júri sobre as diversas teses de defesa disponibilizadas no ordenamento jurídico, na medida em que, com a nova sistemática, independente do que tenha sustentado a defesa, o juiz deverá indagar ao Conselho de Sentença apenas e tão somente se condena ou absolve o acusado. Rompe-se, desse modo, com a histórica tradição consistente na resposta sobre todas as notas correspondentes aos elementos que compõem cada uma das teses jurídicas apresentadas pelas partes em plenário. Em lugar de uma comunicação analítica sobre os veredictos, pretende-se uma comunicação sintética. Essa obrigatoriedade, se seguida rigidamente, como parece ser o objetivo, implicará em violação frontal aos princípios do contraditório por cerceamento tanto à acusação, quanto à defesa.

Figure-se, por exemplo, uma acusação de homicídio qualificado cuja tese de defesa é a de legítima defesa própria. Segundo o sistema vigente, o juiz deve indagar ao júri se o réu: 1) agiu em defesa de sua própria pessoa; 2) se defendeu-se de uma agressão; 3) se defendeu-se de uma agressão atual; 4) se defendeu-se de uma agressão iminente; 5) se essa agressão era injusta; 6) se o réu utilizou dos meios necessários; 7) se o réu usou moderadamente desses meios. Para que o réu seja definitivamente absolvido por legítima defesa autêntica deverá o Júri responder sim a todas essas notas jurídicas indagativas; se, no entanto, os jurados negarem os quesitos seis ou sete, serão obrigatoriamente indagados sobre a existência de excesso doloso ou culposo (art. 484, III do CPP); se pretenderem reconhecer que o réu, que iniciara uma reação de defesa a uma injusta agressão de parte da vítima, apenas se excedeu nos limites da legítima defesa, indo além do necessário ou razoável para se defender, os jurados, hoje, podem chegar a essa decisão respondendo afirmativamente quer o 8º quesito - que versará sobre o excesso doloso, ou seja, uma atitude consciente e voluntária -, quanto o 9º quesito - que versará sobre o excesso culposo, ou seja, uma ação imprevidente, por imperícia, negligência ou imprudência.

Pois bem. No exemplo supra, se o Júri reconheceu apenas o excesso culposo da legítima defesa, restarão prejudicados os quesitos relativos às qualificadoras. E o réu estará condenado por um homicídio culposo, sujeito à pena de um a três anos de detenção. (art. 121, § 3º do CP). No entanto, se se aplicasse na hipótese o quesito “se o acusado deve ser absolvido ou condenado”, conforme a proposta do projeto 2000, os jurados não teriam possibilidades de encontrar essa

solução intermediária entre aquilo que postulava a acusação e aquilo que pretendia a defesa; não haveria margem de escolha: ou os jurados condenariam o réu por um homicídio doloso - o que não desejavam fazer - cuja pena, na sua forma simples vai de 06 (seis) a 20 (vinte) anos, ou simplesmente absolveriam o réu, também indesejadamente.

Com a forma de quesitação proposta, não se resolverá, também, as situações em que o agente, agindo por erro, deve ser condenado por culpa se o fato é previsível como crime culposo (art. 20, e § 1º, do CP). Nesse caso, a resposta do Conselho de Sentença pela absolvição, pura e simples, não é suficiente para solucionar o problema, já que o art. 483, não contemplando essa hipótese jurídica, limitando-se a prever, no inciso IV, quesitação sobre “causa de diminuição de pena alegada pela defesa” - que é categoria jurídico-penal bem distinta -, não permite que o Conselho de Sentença aprecie essa consequência penal inafastável. São problemas graves que a novidade pode gerar. Mas há outros!

Vejamos agora como se configurará cerceamento à acusação. No mesmo exemplo, como não haveria a indagação obrigatória sobre os requisitos da tese jurídica principal de defesa ao Conselho, de acordo com a proposta, conseqüentemente, o defensor estaria desobrigado de submeter ao crivo dos jurados, efetivamente, as suas propostas de defesa, ou seja, só o Ministério Público estará obrigado a submeter ao Júri os quesitos referentes aos elementos da proposta de condenação. Para se ter mais claro o problema, pense-se que o réu pode alegar cerca de duas dezenas de teses defensivas, sem que nenhuma seja votada pelos jurados, enquanto que as proposições da acusação serão, obrigatoriamente, votadas e, assim, efetivamente apreciadas pelo Júri. Isso agride profundamente o princípio constitucional do contraditório (art. 5º, LV, da CF), posto que uma das mais expressivas facetas desse princípio é a igualdade de tratamento processual. Na lição de Nery:

“O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório”.

E complementa:

*“Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis. Os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, realizarem as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos”.*³

Induvidoso que o “jus puniend” estatal ficaria seriamente comprometido nessa situação, pois que se conferiria uma margem de liberalidade irracional à defesa, já que ela poderia, simplesmente, relacionar numa lista e mencionar nos debates todas as teses possíveis e imagináveis, previstas ou não no ordenamento jurídico, sem assumir qualquer risco, ora dizendo, v.g., que o réu agiu sob o pálio de excludentes de ilicitude do art. 23 do CP (legítima defesa, em estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de um direito), ora alegando excludentes do dolo do art. 20 do CP (erro sobre elemento constitutivo do tipo),

3. Nelson Nery Júnior, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, pp.125 e 127.

descriminante putativa do art. 20, § 1º do CP (erro de fato), excludentes da culpabilidade do art. 21 e art. 22 do CP (erro sobre a ilicitude do fato, coação irresistível e obediência hierárquica), inimizabilidade do art. 26 “caput” do CP; embriaguez fortuita completa do art. 28, § 1º do CP, ou extinção da punibilidade do art. 107 do CP.

Além dessas hipóteses defensivas expressamente previstas em lei, outras causas supralégais de exclusão de culpabilidade ainda poderão ser alegadas pela defesa em plenário, tais como inexigibilidade de conduta diversa, estado de necessidade exculpante, discriminações putativas, quando caracterizarem erro de proibição inevitável, excesso exculpante de legítima defesa e caso fortuito.⁴

Um aspecto de ordem prática, igualmente relevante no que respeita à igualdade processual, é o fato da sistemática proporcionar uma atuação artificiosa por parte de alguns defensores, já que, não estando obrigados a um rigor lógico na exposição de suas teses, tampouco devendo precisar qual, ou quais daquelas mencionadas durante o debate pretende que o Juri realmente considere, restará à acusação a inusitada e hercúlea tarefa de se preparar para um embate extralógico, na tentativa de adivinhar e combater “no escuro” os movimentos do adversário. E o que é mais grave, como a defesa não seria mais obrigada a antecipar a tese - já que não haveria quesitos específicos, exceto na hipótese de proposta de desclassificação - nada impediria que só por ocasião da tréplica - portanto quando o Promotor já não pode mais contra-argumentar - a defesa, estrategicamente, mudasse de tese ou apresentasse a tese verdadeira, surpreendendo o Promotor de Justiça, o que representaria um indecoroso desequilíbrio no tratamento das partes, gerando cerceamento ao direito constitucional de ação, numa gritante violação aos princípios da lealdade processual e do contraditório!⁵

A idéia de redução compulsória do número de quesitos, além de tudo, também não chegaria a surtir a simplificação com a eficácia desejada. Na verdade, embora a exposição de motivos mencione que a proposta reduz os quesitos para, basicamente três, a simples leitura do art. 483 do projeto mostra que é possível haver cinco quesitos em regra e, dependendo da tese da defesa, os quesitos da materialidade e autoria obrigatoriamente devem ser desdobrados, gerando outros quesitos, v.g., no caso de uma imputação da prática de homicídio doloso em que a defesa admite a prática de atos agressivos (disparos de tiros, facadas etc), mas nega o nexo de causalidade entre a morte da vítima e os atos de sua autoria, postulando, em consequência, o reconhecimento de simples disparos de arma de fogo.

No exemplo supra, será imprescindível que o Juri seja questionado, além da materialidade e autoria daqueles fatos, também sobre a letalidade das lesões, pois é neste

4. Francisco de Assis Toledo, VIII-Culpabilidade e Tribunal do Juri, in *Tribunal do Juri: Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*, p. 193.

5. Muito embora o CPP não vede expressamente a possibilidade da defesa alterar sua tese por ocasião da tréplica, e por isso hajam decisões que admitem a apresentação de teses novas (TJSP-RT. 630/303 e TJSP-RT. 661/268-9, 696/330), o entendimento majoritário -para nós o constitucional- é no sentido de que “Não pode a defesa oferecer, na tréplica, tese que não fora anteriormente questionada, constituindo assim surpresa para o Ministério Público, sem mais oportunidade para refutá-la. Estabelecido o conflito entre o criminoso e a sociedade, tão sagrados são os direitos daquele como os desta.” (TJMG-RT 602/393-4 e TJSP-RT.485/299). Este último entendimento nos parece o único compatível com o princípio do contraditório, cujo pressuposto é a igualdade de tratamento para o equilíbrio processual. A amplitude de defesa, é corolário do devido processo legal que se perfectibiliza nas pautas legais e nos princípios constitucionais processuais. Seria estranho que o Ministério Público estivesse obrigado a adiantar os termos da acusação -que aliás é pública- e a defesa pudesse se proteger, astutamente, até quando o adversário já não pudesse se “defender” mais, para só então “atacá-lo”!

quesito - e não no terceiro - que reside o núcleo da tese defensiva. Respondendo o Júri que a morte não ocorreu em função dos atos praticados pelo réu, remanesce a possibilidade de ter havido tentativa de homicídio e, portanto, deverá ser elaborado o correspondente quesito: “assim agindo, o réu deu início à execução de um crime de homicídio que não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade?”; respondido positivamente esse quesito, o réu estará condenado por tentativa de homicídio; respondido negativamente, terá havido desclassificação da imputação para outra figura penal.

Observe-se, a propósito, que diante da tese da negativa de intenção de matar, ou em face de alegação de desistência voluntária, em contraposição a uma acusação de tentativa de homicídio, ter-se-á de indagar o elemento subjetivo do tipo num quesito próprio, logo depois do quesito da autoria (na ordem do projeto). Neste caso, a resposta afirmativa aos dois primeiros quesitos, referentes à materialidade do fato (lesões, ou perigo de vida) e à autoria, não deverá levar à quesitação proposta no inciso III do art. 483, “se o acusado deve ser absolvido ou condenado” - como quer o § 2º do dispositivo - porque essa indagação não é adequada para solucionar a tese de defesa que é, repita-se, a de simplesmente negar a figura penal da tentativa; admitido pelo Júri a materialidade e a autoria dos atos agressivos e negado o “animus necandi”, ou seja, a intenção de matar, estará operada a desclassificação própria da infração e a decisão será remetida ao Juiz-Presidente que, em tal caso, poderá, conforme a prova: condenar por lesões corporais, por disparos de arma de fogo, exposição a perigo de vida e, até absolver por falta de provas ou pela presença de circunstâncias que excluam o crime ou isentem de pena.⁶

Essa dinâmica, apenas exemplificativa, mostra que, na prática, haverá várias hipóteses que demandarão outros quesitos específicos para solucionar as diversas questões jurídico-penais existentes no nosso sistema, para não se falar nos casos de mais de um crime e mais de um acusado, quando se deverão elaborar teses distintas, como prevê o próprio art. 483, § 7º do projeto. Mostra, também, que nem sempre o quesito “culpado ou inocente” seria obrigatoriamente feito e que, no nosso sistema, é impossível impedir que os jurados apreciem matéria de direito, como em vão pretende o art. 482 “caput” do projeto.

A objetividade redutora que preside o quesito central proposto, por outro lado, implicará no corte abrupto de parte da própria conduta penal imputada ao acusado em caso de qualificadoras. O inciso V do art. 483 manda quesitar o júri “se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia.” O § 5º do mesmo artigo repete: “Decidindo os jurados pela condenação o julgamento prossegue, devendo ser formulados quesitos sobre: I (); II-circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia.” Com isso, determina-se que se pergunte ao júri, apenas, sobre a presença de qualificadoras, e não que o Júri vote em cada uma das qualificadoras imputadas ao réu, o que é obrigatório.⁷

6. Hermínio Alberto Marques Porto oferece um vasto rol de situações em que a divisão tradicional dos quesitos relativos ao “fato principal” previsto no art. 484 do CPP não soluciona as teses jurídicas disponibilizadas à defesa no ordenamento jurídico-penal, suscitando o desmembramento de quesitos específicos, a serem indagados no próprio campo reservado à autoria-materialidade-letalidade. (Júri, procedimentos e aspectos do julgamento: Questionário, pp.151-152.

7. “TJSP: Pronunciado e libelado o réu por homicídio qualificado, o quesito referente à qualificadora não pode deixar de ser submetido à decisão dos jurados por ter o órgão acusador se manifestado em plenário contrariamente a seu reconhecimento. O Tribunal do Júri não se vincula às manifestações do representante da Justiça Pública na sessão de julgamento”(RT.657/265-6).

A consequência dessa fórmula é a mesma já denunciada: subtrai-se dos jurados o poder de decidir a causa na sua plenitude, entregando-se ao Juiz-Presidente a competência para identificar qual ou quais das circunstâncias, são elementos constitutivos do homicídio⁸ na sua forma mais grave e previstas no art. 121 § 2º, I, II., III, IV, V, do Código Penal, qualificam a conduta do réu e têm o efeito de aumentar a sanção do tipo básico, para uma pena que vai de doze a trinta anos de reclusão. Se a imputação é constituída de duas ou mais qualificadoras, os jurados não teriam mais a possibilidade de admitir uma e rejeitar outra, pois deveriam votar em bloco: ou aceitam todas, ou nenhuma; na primeira hipótese o réu sofreria pena sem efetiva apreciação de sua conduta por parte do órgão competente; na segunda, parte do “jus puniendi” e do direito de ação do Estado seria subtraído, por falta de um julgamento real e específico.

Por derradeiro se deve deixar consignado que o Tribunal do Júri é órgão Constitucional com competência mínima para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, também estabelecida pela própria Carta Política. Em função de ser o “juízo natural” desses crimes, é afastada a possibilidade de entrega dessa função jurisdicional por lei infraconstitucional a qualquer outro órgão. O procedimento legal, composto de duas fases distintas, destinadas à instrução quanto aos requisitos probatórios mínimos acerca da materialidade e da autoria, é orientado para levar a causa ao plenário de julgamento, só se admitindo a impronúncia ou a absolvição sumária em hipóteses legais excepcionais. (art. 409 e 411 do CPP).

O juiz togado, como diretor do processo, nesse especial procedimento, dirige e vela pelo asseguramento da competência do órgão popular. Diante da denúncia de expressiva lesão ao bem jurídico-penal tutelado e do correlato interesse público na sua tutela, ao final da primeira fase, se presente conflitância ou deficiências de provas, é vedado ao juiz proferir sentença de absolvição, diversamente do que faria noutros procedimentos penais condenatórios; havendo dúvidas acerca da culpabilidade de um crime existente, conforme a doutrina e a jurisprudência sempre recomendaram, aplica-se o brocardo “in dubio pro societate”. O projeto 2000 mantém os mesmos princípios da pronúncia. (art. 413 e segtes).

Pois bem, feitas essas observações, a inelutável conclusão a que se chega, em referência à proposta do quesito III do art. 483 do projeto, é que todo o esforço contido nas fórmulas processuais destinadas ao asseguramento da competência constitucional do Júri seria parcialmente inútil, pois que no momento decisivo, não tendo os jurados possibilidades de apreciar, direta e efetivamente, todos os elementos componentes de todas as teses propostas pela acusação e defesa, grande parte do “meritum causae” seria subtraída do juízo natural e, subliminarmente, transferida ao Juiz-Presidente que, como juiz togado, é órgão jurisdicional que não dispõe de competência constitucional para integrar ou complementar a deliberação do Conselho de Sentença sobre aspecto meritório, competindo-lhe, unicamente, proceder a dosagem da pena imposta em estrita obediência aos comandos da decisão popular, salvo nos casos de desclassificação.

8. Conforme ensina Nelson Hungria, “De simples “acidentalidade nos crimes em geral, tais circunstâncias passam a ser “essenciais” ou elementos constitutivos do homicídio, na sua forma qualificada.”(Comentários ao Código Penal, vol. 5, p. 163). Herminio A. Marques Porto, em igual sentido, afirma que na expressão “fato criminoso”, presente no libelo-crime acusatório (art. 417 do CPP), as qualificadoras do homicídio qualificado estão compreendida ao lado do tipo primário. (Julgamento pelo Tribunal do Júri, in *Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*, p.199).

Como já sublinhado, temos os princípios constitucionais da incomunicabilidade e do sigilo absoluto das votações e, assim, sendo impossível a realização de debates entre os jurados para que decidam sobre as alegações que ouviram das partes em plenário, não teriam quaisquer critérios de orientação sobre a decisão, já que não contariam com os tradicionais quesitos, numa votação seqüencial e lógica sobre todas as teses desenvolvidas pelas partes e, conseqüentemente, deveriam valer-se simplesmente de sua capacidade de memorização ou de anotações. Ao final de uma reunião muda, estariam submetidos ao “tormento bíblico” de decidir sempre e sempre entre dois extremos, ou tudo ao mar, ou tudo a terra. Nenhum réu, acusado de homicídio simples mereceria ser condenado, por exemplo, apenas por um homicídio privilegiado (art. 121, § 1º, do CP), cuja pena deve ser reduzida de um sexto a um terço, se o juiz não concordasse, pois ele é quem, afinal, decidiria essa questão jurídica.

Na hipótese dos jurados julgarem o réu culpado, como essa decisão condenatória seria genérica, indeterminada, correr-se-ia o risco de supressão de grande parcela da competência do júri, visto que, forçosamente, passaria ao juiz togado a atribuição de apenação, nada impedindo que o Presidente pudesse identificar uma figura penal específica diversa daquela que o jurado entendeu existir. Retirar-se-ia do Júri, órgão que dispõe de competência funcional-constitucional, parte substancial do poder de julgar os crimes dolosos contra a vida, ampliando-se indevidamente a competência do Juiz togado.⁹

No júri americano, de onde os autores do projeto retiraram inspiração, esse problema não existe porque a deliberação que ocorre em sala própria é precedida de longas discussões em torno da causa; cada jurado apresenta os seus argumentos quanto a aspectos da prova e sobre as teses apresentadas oralmente em plenário, uns exercendo influência sobre os outros; os jurados não respondem a quesitos legais específicos e escritos sobre a causa, mas seguem um roteiro com várias etapas de deliberação, diversos princípios estabelecidos pelos tribunais e devem respeitar as pautas fornecidas pelo juiz presidente. Como corolário desses debates internos, os jurados, a rigor, não decidem simplesmente “guilty or not guilty” (culpado ou não culpado); decidem inclusive sobre a extensão ou o grau da culpabilidade, e ao decidirem pela condenação do réu o fazem para uma figura penal típica determinada, por exemplo: homicídio em primeiro grau (FDM), Homicídio em segundo grau (SDM), ou desclassificam a imputação para outra figura penal.

E a sistemática de quesitação do Júri brasileiro tem origem no modelo de Júri francês, consagrado como instituição judiciária criminal a partir do Decreto de 30.04.1.790 da Assembléia Constituinte Francesa. Embora se orientando em princípio no modelo inglês, a França imprimiu modificações profundas ao Júri, conferindo-lhe um caráter eminentemente político; ao longo de variações experimentadas no tempo, suas características principais ficaram assim constituídas: a) a publicidade dos debates; b) a condição de eleitor do jurado; c) instrução preparatória; d) júri de acusação composto de oito membros, sorteados de uma lista de trinta nomes; e) debates e júri de julgamento, formado por doze membros, sorteados de uma lista de duzentos cidadãos,

9. É o que demonstra James Tubenchlak com apoio na doutrina de Alberto Marques Porto, para quem “no exemplo da pronúncia, classificando um homicídio qualificado, a inovação, se motivar resposta identificadora, simplesmente de “culpa” do réu, entregar’ ao Juiz-presidente, em escala descendente de figuras e de quantidades penais, a identificação de homicídio qualificado, ou de homicídio simples, ou de crimes de lesões corporais seguidas de morte, ou de lesões corporais dolosas ou culposas, decorrendo, do exemplo, evidente restrição ao exercício amplo do direito de defesa à frente do Tribunal do Júri.” (*Tribunal do Júri, contradições e soluções*, pp.148-149).

com direito de recusa de vinte pelas partes, isto é, tanto pelo acusador como pelo acusado; e) a proclamação individual do voto (emitindo o seu, cada jurado, em voz alta; e sem necessidade de explicitá-lo, pelo fato de decidir somente de acordo com a sua consciência”.

Foi esse perfil que modelou o Júri brasileiro e que até hoje, desde 1.822, passando pelas inúmeras propostas de alteração, segue as linhas estruturais do paradigma francês, destacando-se: a) caráter público, contraditório e oral do respectivo processo; b) divisão do procedimento em duas fases, uma de formação da culpa (*iudicium accusationis*) e outra, subsequente, de julgamento (*iudicium causae*); c) composição do órgão julgador por um juiz togado (legalmente investido no exercício da jurisdição e, especificamente, na presidência do tribunal do júri) e juizes de fato (jurados), com a incumbência de proferir o veredicto; d) forma de recrutamento dos jurados; e) método de votação.¹⁰

No tocante a este último aspecto, o método de votação é diretamente ligado ao princípio do “voto de consciência”, segundo o qual o jurado não está adstrito ao dever de motivar suas decisões, podendo livremente decidir de acordo com sua consciência, pelo simples fato de ser cidadão. Para assegurar a autonomia do voto, armou-se-lhe de dois outros princípios constitucionais ao longo do tempo, o sigilo das votações e a soberania dos veredictos. E, para que tal método de votação pudesse, garantir a autonomia do voto, sem riscos pessoais aos jurados, criou-se a técnica da quesitação em proposições, um conjunto de perguntas dirigidas aos jurados que integram o Conselho de Sentença, destinadas à coleta da decisão sobre os fatos classificados pela decisão de pronúncia e articulados no libelo, e sobre as teses postuladas pela defesa, a única forma apta e segura de tornar indevassável os veredictos, que por ordem constitucional são soberanos. (art. 5º, XXXVIII, letra “c”, da CF).

A idéia de simplificação dos quesitos, ao nosso ver, não deve, por simples desejo compulsivo de reformar, constituir-se numa obsessão a ponto de radicalizar tudo, subvertendo a ordem natural e lógica da indagação que visa recolher, com a máxima fidelidade possível, a convicção do jurado. Cumpre ver, a bem da verdade - e a jurisprudência fartamente o comprova - que a grande maioria dos erros na quesitação decorre de má redação e inversões na ordem de quesitação, quase sempre por despreparo técnico de alguns juizes pouco afeiçoados ao júri ou que não em profundidade e, por isso, não lhe dedicam o respeito devido.

A idéia fixa de reduzir a complexidade dos quesitos - que não pode ser confundida simplesmente com a redução do número de quesitos - parece refletir um certo complexo de inferioridade de alguns que, incapazes de compreender as peculiaridades do direito positivo e da cultura pátria, buscam transplantar a fórceps institutos jurídicos alienígenas, sem maiores preocupações metodológicas, às vezes ignorando até o significado e o funcionamento do instituto no sistema jurídico de onde foi importado¹¹. Esse parece ser o caso da proposta inspirada no

10. Rogério Lauria Tucci, *Tribunal do júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*, pp.29,30 e 33,34.

11. Durante o processo de revisão constitucional de 1993, dentre as diversas propostas de emenda constitucional destinadas a inserir o quesito culpado ou inocente no Júri brasileiro, uma propunha a inserção, na alínea “c” do inciso XXXVIII, do art. 5º da CF, do acréscimo “com a declaração de culpa ou inocência”. Na ocasião, o Deputado Federal Adroaldo Streck, como notícia Aramis Nassif, estava atento e contestou a proposta nos seguintes termos: “é impossível e desaconselhável a introdução no sistema brasileiro do tradicional “culpado ou inocente” do sistema norte-americano. Por isso teria que se terminar com o sigilo das votações.” Noutra proposta igual, acrescentou: “O sistema americano ora proposto não se compatibiliza com o sistema francês, adotado para o juiz brasileiro, pois em nosso país os jurados não discutem a causa para chegar à decisão de “culpa” ou “inocência”.. A solução proposta, outrossim, impede a consideração de circunstâncias ligadas ao apenamento, isto é, ao grau de reprovação social. (Emendas 3720-7 e 3098-0, in *Júri: instrumento da soberania popular*, p.146.).

“guilty or not guilty” do Júri americano, em cujo modelo a comunicação entre os jurados é horizontal e oral, enquanto no nosso a comunicação é absolutamente vedada.

Conclusões:

1) a adoção pura e simples do quesito culpado ou inocente padeceria de evidente incompatibilidade com o princípio constitucional do sigilo das votações inscrito no art. 5º, XXXVIII, letra “b” da CF e com o princípio da incomunicabilidade previsto no art. 458, § 1º, 476, cuja quebra importa, hoje, em nulidade absoluta e expressa, nos termos do art. 564, III, letra “j” do CPP.¹²

2) sua aplicação representaria, em diversas situações concretas, cerceamento às partes, em aberta violação ao contraditório e ao devido processo legal.

3) sua implantação constituiria violação ao exercício do direito constitucional do jurado de julgar, em plenitude, os crimes dolosos contra a vida, representando subtração de parcela da competência do juízo natural. (Art. 5º, XXXVIII, letra d, CF).

4) uma decisão absolutória fruto dessa sistemática, sem que se pudesse identificar o fundamento legal, repercutiria diretamente contra o interesse indenizatório da vítima (ou de sua família) na área cível, visto que não se saberia, com exatidão, se a absolvição se deu por presença de uma excludente de ilicitude, eximente de pena, inexistência do fato material etc, deixando irresolvida questão fundamental do julgamento penal para efeitos civis.

12. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu no sentido de que: “Sob pena de nulidade, deve a ata do julgamento consignar que se assegurou a incomunicabilidade durante os trabalhos. Trata-se de um fato relevante do julgamento, motivo porque haverá de figurar na ata final da sessão, que afirmará, assim, sob a fé pública do juiz e do Promotor (art. 494 do CPP), ter havido fiel observância desse requisito de validade do julgamento. Anulação de ofício do julgamento por se tratar de nulidade absoluta, cuja decretação independe de alegação e de prova. (RT. 552/379).

TESE 30

TRIBUNAL DO JÚRI – DO SIGILO DAS VOTAÇÕES -SALA SECRETA E APURAÇÃO POR MAIORIA DE VOTOS

Cláudio França Magalhães

Promotor do Tribunal do Júri / Goiânia-GO

João Teles De Moura Neto

Promotor do Tribunal do Júri / Goiânia-GO

I- Exposição de motivos

Consoante reza o art. 5º, XXXVIII, “b”, da CF/88, “...é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei...”, assegurado “...o sigilo das votações...”. O sigilo das votações é imperativo, e constitui requisito essencial do Tribunal do júri, sendo de sua essência a existência da sala secreta.

Em que pese a divergência doutrinária acerca da manutenção da sala secreta, diante do princípio da publicidade, defendem alguns autores, como o Prof. James Tubenchlak, em sua obra *Tribunal do Júri* (Forense, 1991), não haverem motivos que a justifiquem, vez que até mesmo os julgamentos pelos Tribunais, antes secretamente, passaram a ser públicos.

Não é este, entretanto, o posicionamento correto, pois como bem elucida o lente Adriano Marrey, em sua obra *Teoria e Prática do Júri*, Ed. Revista dos Tribunais, 6ª Edição, 1997, p.364/367, “Devem, em consequência, os jurados ver-se cercados das mais sérias precauções, a fim de que decidam com independência e imparcialidade, livres de quaisquer pressões, da ameaça de violência física, resultante de coação, ou violência moral, que se traduz muitas vezes – numa, e noutra hipótese –, pela presença ostensiva e ameaçadora dos parentes da vítima e amigos do réu. Daí ser-lhes garantida a possibilidade de votar em recinto especial na sala secreta, sem a presença do público, somente sob a direção do Juiz Presidente e a fiscalização indireta do representante do Ministério Público e da defesa.”. E arremata: “O júri, no ato de votarem os jurados, não se assemelha aos colegiados judiciários, constituídos de juízes revestidos de amplas garantias para que profiram decisões imparciais e independentes, mesmo quando emitam voto em julgamento público. Os jurados, ao reverso, julgam de acordo com seu livre convencimento, de modo que o voto pode até ir além do afirmado e provado; e votam sem responsabilidade pelo voto emitido, porque – na expressão de Pontes de Miranda – “São executores, no momento, de poder estatal do povo””.

Ademais, analisando a recepção pela *Magna Carta* da sala secreta, com a propriedade que lhe é peculiar, assevera o Prof. Júlio Fabbrini Mirabete, em sua obra *Processo Penal*, Atlas, 8ª Edição, 1998, p. 535, *in verbis*: “O sigilo das votações não colide com o julgamento público que a Constituição Federal impõe, já que permite “se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”(art. 93, IX, *in fine*). A própria natureza do júri impõe proteção aos jurados e tal proteção se materializa por meio do sigilo indispensável em suas votações, garantia também constitucional (art. 5º, XXXVIII, b, da CF)”.

A jurisprudência também acompanha este entendimento, conforme Acórdão do TJMS, constante na Revista dos Tribunais, no HC 29.254, j. 15.01.1992, tendo com Relator o Desembargador Rubens Bergonzi Bossay, cujo texto é o seguinte:

“Júri. Votação do Conselho de Sentença em Plenário. Nulidade absoluta do julgamento. Inteligência dos arts. 5º, XXXVIII, b, e LX, e 93, IX, da CF/88, e art. 476, 480 e 481 do CPP. Ordem concedida para anular o julgamento.

“A Constituição Federal não aboliu a denominada ‘sala secreta’, havendo mantido a votação no referido recinto, consoante disposto no art. 5º, XXXVIII.

“O julgamento na ‘sala secreta’ não viola o princípio da publicidade dos atos processuais e das decisões judiciais previstas nos arts. 5º, LX, e 93, IX, da CF, em face da faculdade que a parte final deste último dispositivo constitucional concede à lei limitar a presença, em determinados atos, aos advogados das partes. Os arts. 476, 480 e 481 do CPP foram, assim, recepcionados pela atual CF.

“A votação do Conselho de Sentença em Plenário do Júri viola essas disposições legais e constitucionais em nulidade absoluta, devendo, pois, ser concedida a ordem para declaração da nulidade do julgamento a fim de que o réu seja submetido a novo Júri, obedecidos os preceitos dos arts. 476, 480 e 481 todos do CPP.”

Também o Excelso Supremo Tribunal Federal, apreciando o Recurso Extraordinário n.01409754/210, RJ, através do Ministro Paulo Brossard, decidiu que o sigilo das votações, assegurado como requisito essencial da instituição do Júri, seria comprometido com a publicidade da colheita de votos. No caso, o TJRJ declarou a nulidade do julgamento popular realizado na referida Comarca, o que deu ensejo à irrisignação perante o STF.

Tal decisão, publicada no DJU 13.02.1992, pp. 1.068 e ss., demonstra de forma clara que a ‘sala secreta’ é garantia constitucional, sendo relevante transcrever o parecer do Ministério Público Federal constante na p. 1.068 do citado DJU, acatado pelo relator, pelo alcance da elucidação da matéria.

(...) “ É que a Constituição Federal, ao garantir o sigilo das votações nas decisões do Júri, quis assegurar, como aliás é da tradição do nosso direito, a total independência dos jurados no momento de votar, o que só é factível na sala secreta, livres da pressão psicológica dos circunstantes, sobretudo do réu, seus parentes e eventuais comparsas, consideradas a ousadia e a periculosidade crescentes das quadrilhas organizadas, sobretudo nos tempos modernos. Nenhum

jurado se sentirá seguro, e portanto em condições de decidir de acordo com sua consciência, em face dos fatos apresentados em plenário, se tiver de depositar seu voto, segundo a conclusão a que chegou, em público, diante do réu e do natural constrangimento que os parentes do acusado e da vítima, além de possíveis comparsas, certamente exercem no Juiz leigo, que desempenha o seu *munus* sem as garantias da magistratura e de acordo com sua convicção íntima, portanto sem fundamentação. (...) O Tribunal do Júri, não há dúvida, integra o Poder Judiciário, mas como órgão especialíssimo, tanto que é contemplado em capítulo destacado do Constituição Federal, tendo assim organização peculiar, com características exclusivas, como o desaforamento, por exemplo, que constitui exceção à regra geral da fixação da competência, sobressaindo-se o sigilo das votações, que inclui a sala secreta, como forma de garantir a independência de suas decisões, sobretudo nas pequenas comarcas do interior, onde a pressão dos envolvidos no procedimento, e até mesmo da sociedade local, muitas vezes é sentida pelos jurados de forma direta, ostensiva e não raro ameaçadora, comprometendo-se o ideal de distribuição da justiça de forma democrática, essência e inspiração do instituto” (...) (DJU, cit., p. 1.068).

Desta forma, garantido o sigilo das votações pela Magna Carta, fica subtraído o processo penal do júri ao princípio da publicidade, no que concerne à votação dos quesitos, já que se permite, em consonância com o texto constitucional, “...se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”(art.93, IX, *in fine*, da CF/88). Daí realizar-se a votação e apuração dos quesitos, sem qualquer eiva, em sala secreta.

Outro ponto relevante, garantia do sigilo das votações, é a forma de apuração dos votos.

Determina a lei que, na sessão, em sala secreta onde houver, ou esvaziado o plenário na sua ausência, fechadas as portas e presentes apenas os sete jurados integrantes do conselho de sentença, o juiz presidente, os acusadores, os defensores, o escrivão, e dois oficiais de justiça, são distribuídas as cédulas aos jurados, contendo umas a palavra *sim* e outras a palavra *não*. Lido o quesito pelo juiz presidente, um dos oficiais de justiça primeiramente recolherá as cédulas com os votos dos jurados, e outro, posteriormente, as cédulas não utilizadas, também chamadas de “sobras”, em urnas distintas, para que se assegure o sigilo da votação.

Como órgão colegiado que é, cujas decisões, segundo o art. 488, CPP, “...são tomadas por maioria de votos”, bastam apenas quatro votos, afirmativos ou negativos, para que seja decidido o quesito proposto ao conselho de sentença. Afinal, os jurados não ficam vinculados ao quesito anterior, tendo plena liberdade de convicção diante de cada novo quesito proposto.

Entretanto, *ex vi* do art. 487, do referido *codex*, deve o juiz presidente verificar todos os votos da 1ª urna, e as sobras da 2ª urna, o que implica na declaração do número de votos afirmativos e o de negativos.

Não raro, ocorrem quesitos que são respondidos de forma unânime por todo o conselho, o que implica na quebra do sigilo das votações, pois assim se tornará público que todos os jurados optaram por determinada versão, e seu voto deixa de ser secreto. Neste ponto, não há razão para manutenção de tal forma de apuração, pois dever-se-ia encerrar a contagem tão logo obtida a maioria simples, com quatro votos, afirmativos ou negativos.

Todo o amparo legal para proteção dos jurados e da garantia do sigilo das votações é, desta forma, quebrantado pela ocorrência de quesito respondido de forma unânime pelo conselho de sentença, implicando no conhecimento do teor do voto de cada um dos seus componentes.

De *lege ferenda*, mister a adequação do disposto no art. 487, do CPP, determinando que o juiz presidente, verificando a 1ª urna dos votos válidos, encerre a contagem quando atingida a maioria simples de quatro cédulas, mesmo existentes outras a contabilizar. Deveriam estas cédulas dos votos válidos que ainda não tivessem sido revelados e contabilizadas, quando já conhecido o resultado do quesito proposto, pela apuração do quarto voto coincidente, serem mantidas em sigilo, encerrando a apuração.

O resultado também deveria ser registrado sem declarar o cômputo dos votos válidos, apenas com as palavras *sim* ou *não*, frente a cada quesito proposto. Afinal, em termos práticos, de nenhum valor o cômputo global dos votos, empós comprovada a maioria destes.

Assim, sugere-se a alteração do teor do art. 487, CPP, que passaria a ter a seguinte redação:

“Após a votação de cada quesito, o presidente, verificando na 1ª urna até a maioria dos votos, encerrará a contagem quando atingida a mesma, e, colocando todas as cédulas de volta à referida urna, ainda que não reveladas, mandará que o escrivão escreva apenas o resultado do quesito, em termo especial, sem quantificar o número dos votos computados.

Encerrando a apuração com a contagem de quatro votos, jamais chegará ao conhecimento público outro resultado que não o de maioria simples. Jamais será revelada a contagem de 5X2, 6X1, ou 7X0, visto que, contabilizados, do mesmo teor, quatro votos válidos, encerra-se a contagem e verificação, com conseqüente depósito de todas as cédulas de volta à 1ª urna, sem conhecimento da totalidade dos votos válidos.

Com relação às sobras, poder-se-ia também proceder da mesma forma, ou seja, encerrada a contagem dos votos válidos, ainda que não sejam todos contabilizados, e devolvidas as cédulas à 1ª urna, passaria o Juiz Presidente à apuração das sobras, até atingir a quarta cédula idêntica, encerrado também a contagem da 2ª urna. Assim, nada impede também a inclusão de parágrafo à inovação do texto suso sugerido, do seguinte teor:

Art. 487...

Parágrafo único: Procederá o presidente à apuração da mesma forma em relação às cédulas não utilizadas, e, ainda que não contabilizadas, serão estas também depositados na 1ª urna, sob a responsabilidade do presidente, que, misturando-as para garantia do sigilo, e fazendo posteriormente a conferência, devolverá novamente ao oficial de justiça, que as entregará aos jurados, repetindo-se tal procedimento até que se encerre a votação.”

II - Conclusões

Prima facie, ressalta-se que a *mens legis* busca, de todas as formas, salvaguardar o juiz leigo de quaisquer coações ou influências externas. A própria natureza do júri impõe proteção aos jurados, e tal proteção se materializa por meio do sigilo indispensável em suas votações.

A *Magna Carta*, em que pesem os argumentos em contrário, recepcionou a 'sala secreta', prevista em lei, dando ao jurado as condições para que manifeste a sua vontade, através do voto, sem quaisquer interferências externas.

Da mesma forma, mister que o jurado saiba que o sigilo da votação implica na impossibilidade de averiguar, com certeza, o teor de seu voto.

Com a alteração do art. 487, do CPP, como se sugere, e também mantida a 'sala secreta', esta recepcionada pela Constituição Federal como demonstrado, restará observada a garantia constitucional do sigilo das votações, sem prejuízo para as partes, que fiscalizarão todos os trabalhos de apuração. Sendo a decisão do conselho de sentença tomada por maioria de votos, não há necessidade de registro do número destes, mas sim, do seu teor. Com certeza o corpo de jurados, protegido de influências externas na sala secreta, se sentirá muito mais à vontade e sem pressões, sabedor de que jamais serão revelados e registrados os seus votos, ainda que unânime a votação.

TESE 31

A PROPOSTA DO QUESITO DA MATERIALIDADE DO FATO ANTES DA INDAGAÇÃO DA AUTORIA: UMA CONTRIBUIÇÃO PARA A TUTELA DO DIREITO DE AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS NA ESFERA CIVIL

Mauro Viveiros¹
Promotor de Justiça

I - Exposição

Na ordem de formulação dos quesitos, segundo dispõe o art. 484 do CPP, o primeiro deve versar sobre o fato principal, tendo a jurisprudência orientado o desdobramento em dois outros quesitos. No caso de crime de homicídio, por exemplo, deve-se indagar da autoria e a materialidade (das lesões sofridas pelo ofendido) e, se for caso de homicídio consumado, a letalidade (nexo entre tais lesões e a morte). Em seguida, no mesmo exemplo, no caso de tese defensiva de legítima defesa², ou de homicídio privilegiado, ainda de acordo com o artigo suprarreferido, a quesitação respectiva deve vir formulada logo após os relativos ao fato principal, seguindo-se as qualificadoras e a indagação genérica de atenuantes.

O projeto de reforma do Código de Processo Penal elaborado pela Comissão presidida pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicado no DOU de 25.11.94 p.223, propunha maior precisão na ordem de quesitação, ou seja: 1) a materialidade do fato; 2) a autoria ou a participação; 3) se o acusado deve ser condenado; 4) se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa; 5) se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia. (art. 483, incisos I a V). O projeto 2000, que o substituiu, mantém essa ordem. (art.483, incisos I a V).

1. O autor é Procurador de Justiça no Estado de Mato Grosso

2. Como informa James Tubenchak, o princípio seguido pelo CPP é o da pluralidade de quesitos, que possui dois princípios complementares e alternativos: o da complexidade e o da simplificação. O código não fez opção por nenhum destes e, na I Conferência dos Desembargadores, ocorrida no Rio de Janeiro, então Distrito Federal, em julho de 1943, saiu-se vencedora a tese da complexidade dos quesitos. Na referida conferência, também foi aprovada por unanimidade a conclusão XXXV, no sentido de que "a legítima defesa deve ser submetida ao Júri desdobrada em quesitos contendo os seus elementos constitutivos, inclusive um quesito relativo ao excesso culposo." (*Tribunal do Júri, contradições e soluções*, p. 149).

Hermínio A. Marques Porto faz críticas contundentes à proposta de inversão na ordem dos quesitos sobre o fato principal, visto que, segundo ele, jamais se estabeleceu controvérsia a respeito do tema, quer em doutrina, quer na jurisprudência. Diz que o projeto pretende que se questione a materialidade, antes da pergunta sobre autoria do fato, o que subverteria a seqüência lógica decorrente da própria relação de causalidade do art. 13 do CP. Com efeito, afirma: “a votação do questionário com uma pergunta sobre um resultado (lesões corporais e morte), sem que apontado o autor da conduta, estarão os jurados desafiados a decidir sobre provas objetivamente propostas, desvinculadas de uma conduta que tenha sido a geradora do resultado. Mais ainda. A indagação inicial sobre um resultado (materialidade) sem identificação de autoria obriga os jurados a decidir sobre aspecto obviamente não coberto pela competência do Júri”.³

II - Fundamentação

A crítica, “data venia”, não procede. A idéia da proposta é a de imprimir clareza e precisão nas respostas ofertadas pelos jurados, com vistas a equacionar a problemática decorrente da absolvição criminal por negativa ao quesito principal sem que afinal se saiba por qual fundamento, ou seja, se por inexistência do fato material ou por negativa da autoria. Não há, a rigor, “inversão na ordem de quesitação” - que continua a mesma do art. 484 do CPP -, o que se procura, apenas, é explicitar os termos do dispositivo hoje vigente que obriga indagar “sobre o fato principal” sem distinguir materialidade e autoria. Na prática, são bastante comuns quesitos assim formulados: “o réu, na data tal, em tal lugar, usando de tais meios, produziu lesões corporais em sicrano de tal, conforme atesta o laudo de exame de corpo de delito de fls?”. A resposta negativa em tal caso permite dúbia interpretação: não se sabe se o Júri negou a autoria ou as lesões, ou ambas.

Vale lembrar que, nos termos do art. 66 do CPP, só a afirmação da inexistência material do fato impede a reparação de danos na esfera civil e, em se tratando de decisão não fundamentada, como é a do júri⁴, uma resposta negativa a uma única indagação contendo duas questões englobadas (materialidade do fato e autoria), nunca permitirá determinar, com precisão, se o acusado absolvido definitivamente na esfera criminal estará ou não sujeito a uma ação civil reparatória.

Aliás, é de se enfatizar, como visto, que a redação original e vigente do art. 484 do CPP não obriga indagação na ordem cronológica em que se parta da autoria para a materialidade. Referida ordem de quesitação, em verdade, foi construída pela jurisprudência tendo permanecido como um dogma entre nós, sem maiores questionamentos, porque, toda idéia de julgamento era equivocadamente pautada numa perspectiva voltada inicialmente para a conduta produtora do resultado criminoso, quando, em verdade, a lógica natural das coisas é no sentido de que se deve, primeiro, cogitar da existência, ou não, do fenômeno, da realidade considerada típica

3. Hermínio Alberto Marques Porto, *Tribunal do júri*, coord. Rogério Lauria Tucci, São Paulo, RT, p. 208).

4. É importante observar que, embora o Júri não pertença ao Poder Judiciário, conforme a tese aqui desenvolvida, suas decisões devem observar o mesmo princípio da publicidade exigível em qualquer julgamento jurisdicional, não havendo razões para não se seguir a norma constitucional do art. 93, IX, da CF. E, embora as sentenças no Júri não devam ser “fundamentadas”, como as do juízo singular, em função do princípio da íntima convicção, por isso mesmo devem conter os fundamentos jurídicos representados nas respostas às proposições das partes, cujas respostas indicam, ao menos, os motivos jurídicos da decisão.

pelo ordenamento jurídico-penal, para só depois se indagar sobre quem é o seu autor. Aliás, o próprio conceito classico-doutrinário de crime já o demonstra: fato típico, antijurídico e culpável.

Outrossim, também não é exato afirmar que essa ordem subverte a lógica da relação de causalidade do art. 13 do Código Penal. Esse dispositivo, quando trata da conduta, o faz só na segunda oração do período, após a alusão ao resultado. Diz a lei penal: “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou a omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. Então, o que é objeto preliminar de consideração pela lei penal não é a “causa”, que é apenas descrita por essa norma explicativa, mas sim o resultado que constitui o crime. A nova proposta, ao nosso ver, é mais consentânea com a lógica dos fatos humanos, pois que se parte do crime para o criminoso, a mesma que sempre presidiu as investigações em geral. (v.g. art. 5º, § 1º, letras “a” e “b”, e art. 43, I, do CPP).

No momento da elaboração dos quesitos, as proposições devem ser mais claras, objetivas e neutras possíveis, a fim de não sugerir esta ou aquela decisão, nem causar perplexidades aos jurados. Ao Juiz-Presidente, como diretor do processo e sujeito imparcial, cumpre velar por essa imparcialidade rigidamente. Assim, se o Estado endereça uma acusação de homicídio, por exemplo, contra alguém, é um pressuposto lógico necessário que o Júri seja primeiramente questionado sobre a existência material do fato, de sorte que, negando o Júri a existência do próprio fenômeno que interessa ao Direito Penal, ali deve encerrar-se imediatamente o julgamento com a absolvição do acusado. Não importa que no libelo-crime acusatório ou na denúncia se narre em primeiro plano a conduta do agente, porque a imputação, sendo um movimento de reação do Estado contra o indivíduo, tem como pressuposto o fato típico e, logicamente, deve concentrar sua atenção na proposta de apenação - a pretensão punitiva estatal -, que é, esta sim, baseada na conduta.

A própria estrutura lógica de causas da sentença absolutória estabelecida no art. 386 do CPP, aplicável a todos os demais procedimentos, revela que o legislador trabalhou com essa mesma ordem quando dedicou os três primeiros incisos daquele dispositivo à questão da materialidade, e só a partir do quarto inciso passou a tratar da autoria.⁵

O quesito da materialidade, nessa ordem de idéias, cobrindo toda a realidade objetiva do fato criminoso, funciona como questão logicamente prejudicial do exame da autoria que tem o efeito prático não apenas de disciplinar melhor a questão da responsabilidade pela reparação do dano na esfera civil - porque, repita-se, permite ao Júri reconhecer ou negar categoricamente a existência do fato -, mas também o de evitar que o órgão, respondendo afirmativamente sobre a autoria de fatos logo de início, venha depois a negar o quesito da materialidade, interrompendo o julgamento e dando ensejo a uma deliberação contraditória, porque, se a própria realidade criminoso - o fato - não existiu, segundo a decisão, qual a justificativa para que o Júri tivesse examinado antes a autoria de um fato criminoso inexistente?

Parece-nos que, muito embora os maiores problemas atinentes à quesitação não se situem nesse tópico, é bastante oportuna e conveniente a ordem explicitada nos projetos, até

5. Diz o dispositivo, verbis: “O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I-estar provada a inexistência do fato; II-não haver prova da existência do fato; III-não constituir o fato infração penal; IV-não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; V-existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena (arts. 17, 18, 19, 22 e 24, § 1º, do Código Penal); VI-não existir prova suficiente para a condenação. Parágrafo único. Na sentença absolutória, o juiz: I-mandar, se for o caso, por o réu em liberdade; II-ordenar a cassação das penas acessórias provisoriamente aplicadas; III-aplicar medida de segurança, se cabível.” (sic).

porque, sendo o Júri competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, na hipótese de uma tese que pretenda negar a ocorrência material de um homicídio, por exemplo, e afastar a jurisdição do Júri, ela estará apta a ser apreciada já no primeiro quesito, e, em tal situação, com a resposta negativa integral à materialidade (v.g. lesões + perigo + morte, em acusação de homicídio), o tribunal não mais deliberará sobre o mérito propriamente dito - a autoria -, não se correndo o risco de apreciar fatos alheios a “aspectos não cobertos pela competência do Júri”.⁶

Deve-se lembrar que no sistema vigente, em caso de concurso de pessoas, são formuladas séries distintas de quesitos, uma série para cada réu. (art 484, V, do CPP). O Júri é questionado sobre a materialidade de um fato criminoso praticado por terceiro, sob formula indagativa não individualizadora, ou seja, de forma indeterminada, impessoal, antes de ser indagado sobre os atos imputados ao acusado em julgamento; só depois do reconhecimento desse quesito inicial é que se indaga sobre o concurso de agentes, referindo-se à contribuição dada pelo acusado que está sendo julgado para o resultado. É dizer: o tribunal responde sobre uma questão preliminar - o fato material praticado por terceira pessoa, indeterminada, que pode ou não estar sendo julgada naquele mesmo dia, hora e local, pois os julgamentos podem ser separados - de cuja resposta depende logicamente a apreciação posterior de quesito relativo à conduta do réu.⁷

Em conclusão:

1) a proposta de indagação da materialidade, relativa à existência do próprio fenômeno considerado típico pelo ordenamento jurídico-penal, antes da indagação sobre a autoria ou participação criminosa, não implica em inversão na ordem de quesitação (art. 484 do CPP), nem é incompatível com a relação de causalidade penal;

2) a proposta aperfeiçoa a sistemática de quesitação, contribuindo para imprimir maior precisão na identificação das respostas sobre o “fato principal”, permitindo distinguir absolvições por negativa do fato material das absolvições por negativa da autoria, proporcionando melhor tutela ao direito de ação constitucional da vítima ou de sua família com vistas a reparação de danos *ex delicto* na esfera civil.

6. É o que ocorreria, v.g., no caso do júri afirmar que o réu produziu lesões corporais na vítima e, logo depois, negar a letalidade, ou seja, o resultado morte, e a autoria imputada ao réu. O Júri, que é originária e constitucionalmente competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida -além dos conexos-, nessa hipótese terá apreciado a materialidade de um crime de lesões corporais.

7. STJ-”A ordem dos quesitos obedece a critério de colocação lógica. Inicialmente, indaga sobre o fato imputado no libelo. A seguir, a relação da defesa. Antes desta, porque integrante da qualificação do crime, pergunta relativa ao concurso de agentes.”(RSTJ 20/423).

TESE 32

DENÚNCIA POR HOMICÍDIO CONSUMADO: CARÊNCIA DE AÇÃO EM FACE DA AUSÊNCIA DE NECRÓPSIA

Carlos Eloi Guimarães Magalhães
Promotor de Justiça - BA

I – Introdução

O homicídio é um crime material e, conseqüentemente, de resultado naturalístico. Uma vez cometido resultará sempre em vestígios e elementos físicos e palpáveis a caracterizar o corpo do delito. Sua materialidade, portanto, há de ser aferida, via de regra, através de um laudo pericial.

Todavia, pode ocorrer do inquérito policial instaurado para se apurar um crime de homicídio consumado ser encaminhado ao Ministério Público sem o auto de necrópsia. Neste caso, o que fazer? Deve o Promotor de Justiça denunciar sem o laudo requisitando sua posterior remessa ao juízo ou requerer a devolução do inquérito à DEPOL de origem para a realização da perícia e sua juntada nos autos do inquérito? Não há dúvida que se o indiciado estiver em liberdade a devolução do inquérito à DEPOL de origem e conseqüente atraso na deflagração da ação penal não implicará em possível constrangimento ilegal por excesso de prazo. Mas, e se o indiciado estiver preso? Deve o Promotor denunciar para se evitar o constrangimento pelo excesso prazal ou, mesmo assim, deve diligenciar no sentido de se obter o laudo necroscópico e, só após a obtenção deste, oferecer a denúncia?

O que me levou a abordar esta questão é a dificuldade empírica vivenciada no exercício da função de Promotor de Justiça no interior do Estado da Bahia, onde, constantemente, deparo-me com casos dessa natureza, em que a prisão do indiciado homicida e a ausência do laudo pericial nos autos do inquérito, faz surgir o conflito TEMPO x MATERIALIDADE.

Eis, portanto, o problema a que se propõe dirimir.

II – FUNDAMENTAÇÃO:

Para elidir o conflito TEMPO x MATERIALIDADE, iniciei por consultar o art. 41 do C.P.P., definidor dos requisitos que deve conter a denúncia, *in verbis*:

“Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas.”

Lamentavelmente, vê-se que o citado dispositivo é de uma pobreza franciscana, revelando-se superficial e incompleto ao deixar de elencar elementos essenciais e imprescindíveis ao oferecimento da inicial penal e que, mesmo ante a flagrante omissão da Lei, não podem ser olvidados, sob pena de inépcia. Assim, dentre outros requisitos omissos, ninguém nega, p. ex., que a inicial penal deve ser dirigida ao Juízo competente, como também deve conter a representação, quando necessária, ou mesmo que se fundamente na materialidade do delito, embora tais pressupostos não estejam expressamente consignados no art. 41 do C.P.P., supra transcrito. Também as condições da ação devem ser obedecidas. Pois, são, na verdade, requisitos de ordem processual para se verificar se a ação será ou não admitida, afigurando-se como verdadeiros requisitos-meio para, se admitida a ação, ser julgado o mérito.

Sem querer adentrar nas condições *específicas* da ação penal, por não ser objeto deste artigo, existem, no processo penal, quatro condições *genéricas* da ação. A legitimidade das partes, o interesse de agir, a possibilidade jurídica do pedido e a *justa causa*. Esta é o lastro probatório mínimo necessário a fundamentar a deflagração de qualquer ação penal contra qualquer cidadão. Sobre a *justa causa*, enquanto condição genérica ao exercício da ação penal, é pertinente a lição de AFRÂNIO SILVA JARDIM¹:

“Para o regular exercício do direito de ação exige-se a legitimidade das partes, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido. São as chamadas condições da ação que, na realidade, não são condições para a existência do direito de agir, mas condições para o seu exercício.

A estas três condições para o regular exercício do direito de ação, no processo penal, acrescenta-se uma Quarta: a *justa causa*, ou seja, um suporte probatório mínimo em que se deve lastrear a acusação, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do imputado. Tal lastro probatório nos é fornecido pelo inquérito policial ou pelas peças de informação, que devem acompanhar a acusação penal (artigos 12, 39, § 5º, e 46, § 1º, do Cód. de Processo Penal.)”

Constata-se, como é intuitivo, que não basta serem as partes legítimas, existir interesse no agir e haver possibilidade jurídica do pedido. É preciso que haja um mínimo conteúdo probatório a caracterizar a materialidade do delito, isto é, a demonstrar, pelo menos em tese, a probabilidade material da existência do crime. Do contrário, faltaria *justa causa* se deflagrada a ação penal sem este *minus* probatório, exatamente por ser a materialidade do delito a responsável pela *razoabilidade* do exercício do direito de ação penal. Logo, sem esse mínimo probatório *razoável* a causa não seria justa, dando azo à carência de ação porquanto ausente uma de suas condições genéricas.

O homicídio, como crime material que é, tem como consequência um resultado naturalístico. A *justa causa* para a deflagração da ação penal pela prática deste delito, há de se revelar, por isso mesmo, na materialidade da morte de alguém, e que, como é óbvio, sempre deixará vestígio. Assim, sua materialidade há de ser aferida através de exame de corpo de delito, direto ou indireto, à luz do que dispõe o art. 158 do C.P.P., *in verbis*:

“Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto e indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.”

1. JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal-Estudos e Pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 47.

É preciso esclarecer que este dispositivo possui natureza absolutamente cogente e vincula o juiz, quanto a sua observância.

A propósito, vigora no direito processual brasileiro o princípio da persuasão racional do juiz, de onde se extrai que nenhuma prova sobrepõe a outra, não havendo hierarquia entre elas. O juiz não se vincula a nenhuma fórmula apriorística e aritmética quanto as provas que lhe são apresentadas. Ao contrário, possui ele a liberdade para valorar os elementos instrutórios, julgando em conformidade com sua consciência, desde que fundamente sua decisão em qualquer das provas que conste dos autos, demonstrando, assim, a justiça de sua convicção.

Contudo, nem sempre foi assim. Nos conta a história do direito processual que em tempos idos vigoraram dois sistemas distintos e opostos quanto à valoração probatória: o sistema *secundum conscientiam* e o sistema da prova legal. No primeiro a apreciação e avaliação das provas sucumbia apenas à livre consciência do julgador, estando ele totalmente desobrigado de fundamentar sua decisão, bastando, para tanto, sua convicção íntima. No segundo, ao contrário, o juiz encontrava-se engessado num sistema onde os elementos probatórios possuíam valor inalterável e prefixado, onde o juiz se limitava a aplicá-los mecanicamente. A respeito a lição de MITTERMAIER²:

“Primeiro: Se pensa que todo homem, na indagação da verdade e na apreciação da prova, em si mesmo encontra para guiá-lo um poder de instinto igual.

No segundo sistema a indagação da certeza legal já não aparece senão como uma operação puramente científica, baseada em regras fixas, cuja marcha ao legislador é impossível dirigir.

Partindo-se do primeiro ponto de vista, chega-se ao júri; do segundo se vai à *teoria legal da prova*, e às regras que ela impõe a juízes familiarizados com a ciência do direito.”

“O princípio *secundum conscientiam* é notado, embora com certa atenuação, pelos tribunais do júri, composto por juízes populares.”³

Com efeito, também o princípio ou sistema da prova legal deixou resquício no processo penal brasileiro, como o citado art. 158 do C.P.P. Ora, se a infração deixar vestígio, e o homicídio consumado sempre deixa, o exame de corpo de delito é indispensável e nem mesmo a própria confissão do acusado poderá supri-lo. Portanto, consumado o homicídio a regra do art. 158 do C.P.P. se torna imperativa.

Não se está afirmando aqui que o julgador está vinculado ao resultado da perícia, tão pouco se afirma que a aplicação do art. 158 do C.P.P. ocorre nos moldes preconizados pelo histórico sistema da prova legal, a vincular o julgamento. O que se afirma é que, como resquício desse sistema, o art. 158 se apresenta taxativamente a determinar a realização de exame de corpo de delito sempre que o crime deixar vestígios. Vale dizer, o juiz não está adstrito ao laudo, mas a realização da perícia se torna imperativa, sem a qual a materialidade do crime restará ausente, comprometendo a *justa causa* para a ação penal.

Essa, aliás, é a opinião do professor ADALBERTO J. Q. T. de CAMARGO ARANHA⁴:

2. MITTERMAIER, C. J. A. Tratado da Prova em Matéria Criminal. Trad. da 3ª ed. de Herbert Wuntzel Heinrich. Campinas: Bookseller Editora Ltda, 1997, p. 68-69.

3. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Teoria Geral do Processo, 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 63.

4. CAMARGO ARANHA, Adalberto J. Q. T. Da Prova no Processo Penal, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 149-150.

“No que diz respeito à **conveniência da perícia**, o legislador brasileiro adotou um sistema de relativa liberdade ao juiz.

Em regra, não está obrigado a determinar a realização da prova pericial, salvo em três hipóteses: I – quando for prova obrigatória, como nos crimes que deixam vestígios (CPP, art. 158); II – quando houver dúvida a respeito do estado mental do acusado (CPP, art. 149); III – quando for admissível e tempestivamente requerida, pois se trata de um direito das partes.” (GRIFEI)

Por outro lado, havendo vestígios com a prática do crime e não sendo realizado o exame de corpo de delito, restará caracterizada a nulidade inculpada no art. 564, III, “b”, do C.P.P., a saber:

“Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

...

III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

...

b) o exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no art. 167;

...”

Contudo, é preciso atentar-se para o fato de que o art. 158 refere-se a exame de corpo de delito *direto* ou *indireto*. Exame *direto* é aquele feito sobre o próprio corpo do delito, ou seja, sobre o cadáver, o corpo lesado, a porta arrombada, a chave usada, etc. Já o exame *indireto* é, na verdade, um raciocínio dedutivo sobre um fato retratado por testemunhos. Na lição de DELLEPIANE, enquanto o *direto* é a certeza física do delito, o *indireto* é a sua certeza moral.

Ressalte-se que o que determina se o exame de corpo de delito será *direto* ou *indireto* não é a conveniência casuística orquestrada ao bel prazer de quem vai determinar sua realização. Ao contrário, por se tratar de prova compulsória o próprio C.P.P., no art. 167, ao dizer sobre o exame *indireto* é de uma clareza meridiana em apontar que somente na impossibilidade de se realizar o exame de corpo de delito *direto*, em face do desaparecimento dos vestígios deixados pelo cometimento da infração, é que se procederá ao exame *indireto* através de testemunhas.

Eis o dispositivo em vernáculo:

“Art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecidos os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.”

Verifica-se, pois, quão reacionário é o nosso Código de Processo Penal, que admite, em prol da acusação, até mesmo a substituição da perícia pela prova oral, na hipótese do art. 167 do C.P.P. Essa postura, aliás, vai de encontro à mais pura doutrina sobre provas em matéria criminal, conforme preconizado na lição do mestre MALATESTA⁵, que não admite a substituição da perícia por testemunhas para se comprovar a materialidade de um crime de homicídio:

“Diz-se que um homem foi assassinado; várias testemunhas afirmam tê-lo visto cair morto; mas o cadáver, sem que se explique, desaparece e não é encontrado, não sendo, por isso, constatável oficialmente. Poder-se-á admitir a existência desse homicídio pela simples fé que merecem as testemunhas ordinárias? Opino que não.

5. MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A Lógica das Provas em Matéria Criminal. Trad. da 3ª ed. de Waleska Giroto Silverberg. Conan Editora Ltda, 1995, v. II, p. 346-347.

Conquanto, sejam muitas as testemunhas que afirmam ter visto Tício cair morto, se o cadáver não é encontrado e não se explica seu desaparecimento, mais alto que a voz das pessoas soará a voz das coisas: a ausência do cadáver é prova real que tira a fé às vozes testemunhais contrárias. E esta voz das coisas, muitas vezes, é mais procedente que a voz das pessoas, nos processos criminais; já se tendo visto ressuscitarem supostos mortos, contra a opinião das testemunhas e dos juízes.”

Como MALATESTA, também FRANCESCO CARRARA, citado por NELSON HUNGRIA, asseverava que “homicídio somente com cadáver”.⁶

Realmente, o C.P.P. possui conotação reacionária indo de encontro até mesmo à melhor doutrina sobre provas em matéria criminal, razão pela qual o seu art. 167, como perigosa exceção à regra do art. 158, deve sempre ser interpretado restritivamente.

Constata-se pelo próprio art. 167 que o exame *indireto* possui natureza supletiva, isto é, somente pode ser levado a efeito na total impossibilidade de realização do exame *direto*. Ocorrido o homicídio e flagrante os vestígios não se pode proceder ao exame *indireto* se existe, ainda que remota, a possibilidade material de se proceder à perícia do cadáver. Dessa forma, não impede a realização da necropsia a decomposição do cadáver localizado, dias após o homicídio, num matagal circunvizinho à cidade, já em avançado estado de putrefação. Nesse sentido, também seria perfeitamente possível a perícia de um cadáver devorado em parte por peixes e vomitado na praia pelas ondas do mar, vítima de um homicídio perpetrado num barco que navegava em águas costeiras. Por outro lado, impossível seria a perícia se “*após a morte da vítima a mesma fosse incinerada na presença de testemunhas, e suas cinzas dispersadas com a utilização de um avião. No caso, a prova da materialidade é feita indiretamente, porque impossível um exame necroscópico (exame de corpo de delito direto)*”⁷.

Puco importa que parte dos vestígios deixados pelo crime tenha desaparecido. Ora, havendo, ainda, a possibilidade material de se obter a *certeza física* do delito, não se pode simplesmente admitir-se a *certeza moral* de sua existência, pois, dessa forma, estaria-se suprimindo uma prova pericial, até então possível de se realizar, por uma testemunhal que, nos termos da lei, possui caráter supletivo, só se admitindo quando desaparecidos por completo os vestígios da infração. Vale dizer, só se admite o exame de corpo de delito indireto, previsto no art. 167 do C.P.P., quando fisicamente impossível a realização da perícia. Somente o total desaparecimento dos vestígios da infração autoriza a supressão da prova pericial pela testemunhal.

Esse, aliás, é o entendimento de TOURINHO FILHO⁸:

“Nos próprios termos do art. 158 do C.P.P., o exame de corpo de delito pode ser direto ou indireto. Diz-se ‘direto’ quando procedido por inspeção pericial, quando os peritos procedem diretamente ao exame. Se, entretanto, não for possível o exame de corpo de delito direto, pelo desaparecimento dos vestígios, a prova testemunhal, diz o art. 167, poderá suprir-lhe a falta. Nesse caso, diz-se ‘indireto’.

6. HUNGRIA HOFFBAUER, Nelson. Comentários ao Código Penal, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

7. CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 240.

8. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, 3ª v., p. 224-225.

No particular, é de se atentar para a justa ponderação de ESPÍNOLA FILHO: a prova testemunhal para evidenciar o corpo de delito é meramente supletiva. Só é possível prescindir do exame de corpo de delito direto quando houver impossibilidade.”

Ora, tendo o mestre TOURINHO FILHO fundamentado sua opinião na lição de ESPÍNOLA FILHO, nada mais justo do que bebermos da mesma fonte em que se elucubrou o mestre TOURINHO:

“A prova testemunhal para evidenciar o corpo de delito é meramente supletiva. Só é possível prescindir do exame de corpo de delito direto, quando ficou impossibilitado. O impedimento comum, obstando a realização do exame direto, é o desaparecimento dos vestígios, antes de levar-se a efeito. É o caso contemplado expressamente pelo art. 167. Isso porque, normalmente, o exame se fará, eis que perdurem os vestígios.”⁹

Pois bem!

Não há mais dúvidas: se o crime deixou vestígios é imperioso que se faça a perícia, e, em sede de exame de corpo de delito, somente na impossibilidade material de se realizar a prova técnica se admitirá a prova oral.

Porém, lamentavelmente, a jurisprudência dominante entende que ao Promotor é lícito ofertar denúncia por homicídio apenas com base na prova oral, desde que o laudo seja juntado aos autos antes da pronúncia.

Contudo, peço *venia* aos Pretórios, mas diante de tudo o que foi exposto afirmo que não. Ocorrido o homicídio e havendo, ainda que remota, a possibilidade de realização da necrópsia, seria inadmissível a deflagração da ação penal sem a perícia, com base apenas na prova testemunhal. Do contrário, estar-se-ia suprimindo o exame de corpo de delito direto, cuja realização é compulsória, pelo indireto, cujo caráter é meramente supletivo. Se para a denúncia faz-se necessário prova da materialidade do delito, seria ilógico denunciar à luz apenas de testemunhas e substituir, no curso do processo, a força probante destas pela dos peritos, quando a perícia poderia ter sido feita antes de oferecida a inicial penal. Ora, neste caso, não pode a prova oral sobrepor-se à pericial. Nem mesmo a confissão do acusado pode suprir a prova pericial, nos termos do próprio art. 158 do C.P.P.

É preciso esclarecer que a exigência da perícia é um ônus da acusação, posto que existe em favor do réu, ou seja, é uma garantia do acusado de que, pelo menos em tese, existe materialmente o crime a ele imputado. Por isso mesmo, o art. 167 do C.P.P., como uma exceção a essa garantia, deve ser interpretado estritamente, só se admitindo quando completamente desaparecidos os vestígios do crime. Não se pode, portanto, legar-se ao acusado a menor segurança da prova testemunhal apenas porque a perícia não foi feita, quando ainda possível a sua realização.

A propósito, a lição de GRECO FILHO¹⁰:

“Se, porém, os vestígios desaparecerem em virtude de inércia, inclusive a burocrática, dos órgãos policiais ou judiciais, a menor segurança da prova

9. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora RIO, 1980, v. I, p. 466.

10. GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 197.

testemunhal não pode ser carregada ao acusado. Assim, se a vítima de um furto com arrombamento, cansada de esperar a visita dos peritos, manda consertar a janela arrombada e, por ocasião do exame, não se constata mais vestígios, a prova testemunhal não pode suprir a falta da perícia. O art. 167 do Código de Processo Penal, como uma exceção à garantia do acusado quanto à constatação dos vestígios por exame pericial, deve ser interpretado estritamente, impondo que se aplique, exclusivamente, à hipótese de desaparecimento natural, ou por ação do próprio acusado, e não por inércia dos órgãos de persecução penal que atuam contra o eventual réu.”

Ora, se a exigência da perícia existe em favor do acusado, como admitir uma ação penal contra ele sem essa prova? Como aceitar a instauração de um processo penal contra alguém em detrimento de uma garantia individual processual? Não estaria-se, com isso, a violar o *dues process of law* e a plenitude da defesa consagrados na constituição da República? Não haveria aí um constrangimento desnecessário e ilegal em face da ausência de *justa causa* para a ação? Não se pode perder de vista que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do imputado. A exigência da prova pericial, neste caso, é uma garantia do acusado à melhor prova, só podendo ser suprimida quando impossível de se realizar. Na lição de MALATESTA¹¹ “*é preciso não esquecer um princípio probatório por nós desenvolvido ao falarmos de provas em geral, o princípio da melhor prova, segundo o qual, sempre que, no caso particular e concreto, é possível ter uma prova superior relativamente a fato importante para o juízo penal, é preciso recorrer a ela e não se contentar com uma prova inferior.*”

Não se pode, portanto, legar-se ao acusado o ônus de suportar uma denúncia com base numa prova mais frágil – testemunhal – quando têm ele direito a uma prova mais robusta – pericial -, tão somente porque esta não foi realizada por desídia, negligência ou despreparo dos órgão de persecução penal. Ao acusado não é lícito arcar com o ônus da deficiência da Justiça Criminal. Ora, pois que se modernizem os institutos de criminalística, se amplie o quadro de legistas, aumente o número de delegados e supram a carência de Juízes e Promotores no interior.

Logo, não se admite uma denúncia por homicídio com base apenas em prova testemunhal, quando possível a realização da perícia, sobretudo por se tratar a prova pericial de garantia do acusado.

Ademais, se buscarmos uma interpretação histórica da origem do instituto, verificaremos que a intenção normativa é de se exigir a perícia para o exercício da ação penal.

O atual C.P.P. têm como fonte inspiradora o Código de Processo Criminal de Primeira Instância, que fora instituído por Dom Pedro II, em 29 de novembro de 1832, e reformado em 3 de dezembro de 1841, pela Lei Imperial nº 261. Esta Lei, no Capítulo VIII, que trata “Da Formação da Culpa”, mais precisamente em seu art. 47, deixa claro que, se o crime deixar vestígios e estes não tiverem desaparecidos, só se forma o processo mediante manifestação dos peritos. Ora, se uma relação jurídica processual só se forma com a citação válida do acusado, o que pressupõe o recebimento da denúncia, e se o Código Criminal do Império condicionava a formação do processo à manifestação dos peritos, logo a inicial penal, para ser recebida, necessariamente deveria conter esta perícia, sob pena do processo não se formar validamente. É o que se extrai da interpretação *a contrario sensu* do citado art. 47, do Diploma Imperial, *in verbis*:

11. MALATESTA, Nicola Framarino Dei. Ob. cit., p. 345.

“Art. 47. Nos crimes que não deixam vestígios, ou de que se tiver notícia quando os vestígios já não existam, e não se possam verificar ocularmente por um ou mais peritos, poder-se-ha formar o processo independente de inquirição especial para o corpo de delicto, sendo no summario inquiridas testemunhas, não só a respeito da existencia do delicto, e suas circunstancias, como tambem ácerca do delinquente.”

Assim, o precedente normativo histórico é no sentido de não se admitir a denúncia nos crimes que deixam vestígios sem a manifestação dos peritos, sem a qual a relação jurídica processual não se aperfeiçoaria validamente.

Com efeito, a denúncia por homicídio que não se sustenta numa perícia poderá implicar em subversão do rito processual do júri. É que neste procedimento não existe um momento processual para se requerer diligências finais, ou seja, não existe a chamada “fase do art. 499 do C.P.P.”, usada na praxe forense. Encerrada a instrução vai-se direto às alegações finais. Assim, se a denúncia for oferecida apenas com base na prova testemunhal e se encerrada a instrução do *judicium accusationis* a perícia ainda não houver sido remetida ao juízo, fato não muito raro de ocorrer, como poderá a acusação requerê-la? Seria lícito ao Promotor parir “uma fase do art. 499” espúria e requerer tumultuadamente a perícia, subvertendo o rito processual para corrigir um defeito da acusação? Poderia ele, em nome da verdade real, protelar o rito processual para, na verdade, camuflar a própria desídia? Encerrado o sumário de culpa sem que a perícia tenha sido juntada aos autos, pergunta-se ainda, e se o juiz se negasse a requisitá-la alegando não se admitir diligências finais no rito do Júri? Seria lícito delegar ao Juiz o poder e a conveniência de, antes da pronúncia, requerer a perícia *ex officio*, para se evitar a impronúncia e o insucesso da ação penal? Neste caso, justifica-se o Promotor se fazer refém da boa vontade e capricho do Magistrado em requisitar uma prova essencial para a acusação? Ora, se há nos autos a perícia e o Magistrado, mesmo assim, impronuncia por falta de materialidade: recorre-se. Mas, se não há: cale-se!

III - CONSIDERAÇÕES FINAIS:

É preciso desmistificar o dogma de que, no processo penal, em nome da verdade real, pode-se tudo em prol da sociedade. Vivemos no Estado de Direito. O processo é meio e não fim. Não se pode admitir que o meio torne-se instrumento de vingança, quando essa não é nem mesmo a sua finalidade. O seu fim é a aplicação de uma pena a quem a merece. Sua simples existência já é martírio para o réu e sua família, maculando-lhes a dignidade que não mais se restaura, nem mesmo com a sentença absolutória. Na grave advertência de CARNELUTTI¹² “*Quien há pecado está perdido. Cristo perdona, pero los hombres no.*”

Por derradeiro, após analisar a mais pura doutrina jurídica humanitária sobre o tema, chego às seguintes conclusões.

1º - Se o inquérito policial instaurado para se apurar um crime de homicídio consumado for encaminhado ao Ministério Público sem o laudo pericial, deve o Promotor devolver os autos à DEPOL de origem para a realização da perícia, sem a qual a denúncia não poderá ser feita;

2º - Somente na total e comprovada impossibilidade física de se realizar a perícia poderá incidir a regra do art. 167 do C.P.P. a permitir que a denúncia seja ofertada com base apenas na prova testemunhal

3º- Se o indiciado estiver preso e a devolução do inquérito à DEPOL para a realização da perícia for implicar em excesso prazal na segregação, deverá o Promotor diligenciar pelo relaxamento da prisão do indiciado. Nunca é demais lembrar que os prazos processuais não se contam isoladamente; que o excesso deve ser considerado no tocante ao somatório dos prazos em geral, sempre temperado pelo princípio da razoabilidade; e que o Ministério Público é responsável pelo controle externo da atividade policial;

4º- O oferecimento da denúncia por crime de homicídio com base apenas na prova testemunhal, quando era possível a realização da pericial, enseja a carência de ação por falta de justa causa, devendo a denúncia ser rejeitada.

É o que me parece.

Sou Promotor de **JUSTIÇA** !

TESE 33

O JULGAMENTO SEM A PRESENÇA DO RÉU COMO COROLÁRIO DO DIREITO DE CALAR: UMA PROPOSTA INDIVIDUALÍSTICA DE FALSAS PREMISSAS RUMO AO JÚRI VIRTUAL. INCOMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS DO JÚRI, CERCEAMENTO DO DIREITO DOS JURADOS.

Mauro Viveiros¹
Procurador de Justiça

I - Exposição:

Um dos assuntos mais polémicos, pelo seu carácter revolucionário certamente, é a ideia prevista tanto no projeto nº 4.900/95, quanto no projeto 2000, de permitir o julgamento sem a presença do réu. De acordo com René Ariel Dotti, um dos Ilustres autores do primeiro projeto “o acusado que respondeu solto ao processo poderá ser julgado independentemente de sua presença física no Tribunal. Trata-se de ampliar a garantia constitucional do direito de calar, desativando uma das usinas de prescrição. A rotina das transferências injustificáveis e as atitudes do réu - que procura se furtar ao julgamento ou não é encontrado - têm como vertentes a necessidade de sua intimação pessoal, tanto para cientificá-lo da pronúncia como para a data do julgamento”.

Por outro lado, acrescenta o renomado autor e advogado, membro da Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Projeto nº 4.900/95, “a voluntária ausência do réu pode configurar o exercício de sua liberdade em contestar a legitimidade do tribunal. Tal hipótese não é absurda: basta considerar que muitos casos de aborto praticado por motivo de relevante valor social ou moral são alvos de reiteradas campanhas de descriminalização”.²

II - Fundamentação:

O anunciado objetivo de eliminar uma das “usinas de prescrição” do processo penal, como justificativa para julgamento sem a presença do réu, “data venia”, não é razoável juridicamente. O réu que responde solto ao processo está submetido à disciplina processual e o seu comparecimento ao julgamento é uma das suas obrigações mais importantes, reveladoras

1. O autor é Procurador de Justiça no Estado de Mato Grosso.

2. *Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*, pp.304-305.

da reverência e respeito à dignidade da Justiça. Se preso em flagrante ou por ordem judicial a ele se reconheceu o direito de responder o processo em liberdade, a sua ausência importa, em princípio, na violação da obrigação processual de comparecer a todos os atos do processo. Se ele se ausenta deliberadamente, é porque não deseja adimplir a obrigação legal, e isso não pode ser aceito como um direito de quem está provisoriamente solto ou afiançado, cumprindo ao Estado-juiz, nesse caso, decretar a sua prisão preventiva para conveniência da instrução criminal -no plenário os jurados se instruem com o interrogatório, ouvida de testemunhas etc- para assegurar a aplicação da lei penal.³

Perante o Júri, a presença física do réu assume uma importância transcendental, porque, se de um lado o interesse do acusado pode ser o de evitar o constrangimento público, com a exposição de sua imagem - muitas vezes até na televisão e jornais -, por outro lado, não se deve esquecer, o Júri popular tem o direito de conhecer e identificar os acusados da autoria de crimes dolosos contra a vida e que habitam na comunidade ofendida. Ora, mui acertadamente, o código vigente distingue a situação entre crimes afiançáveis e não afiançáveis, admitindo o julgamento à revelia em relação aos primeiros e impedindo-o em relação aos segundos. (art. 451, § 1º, do CPP). Segue-se que a sistemática atual é bastante racional quando, levando em consideração exatamente a gravidade da lesão aos bens jurídicos protegidos, exige a presença física do acusado da ofensa social como condição de seu julgamento.⁴

Um julgamento popular sem a presença do réu, além de aumentar as possibilidades de condenações injustas - especialmente diante da tese de negativa de autoria - em certos casos impede o reconhecimento que vítimas e testemunhas possam fazer diretamente em plenário. Demais, os jurados, como juizes da causa, têm o direito de ouvir aquele a quem vão julgar e sentir, pela sinceridade das suas respostas, pela postura e expressões do réu, se estão diante de um culpado ou de um inocente. É verdade que, comparecendo, ele não está obrigado a responder as perguntas que lhe forem formuladas, já que isso é o seu direito constitucional de calar; no entanto, o direito ao silêncio não implica, por si só, no “direito” de fuga ou ausência deliberada.

O argumento quanto a ser um exercício do direito de liberdade do réu contestar a legitimidade do tribunal, ausentando-se do julgamento, parece-nos não ter pertinência para justificar alteração em normas de processo, pois sendo o Tribunal do Júri o juízo natural competente constitucionalmente para o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida, e, desde que sendo constituído previamente ao fato criminoso e composto na forma da lei, não há juridicidade no argumento que contesta sua legitimidade.

Se a ausência deliberada do réu ao julgamento é motivada por protesto contra a criminalização da conduta -como parece ocorrer no exemplo do aborto-, então não é a legitimidade do Tribunal que está em causa, e sim a caracterização do fato como criminoso. Logo, não se trata de matéria de direito processual a ser considerada num projeto que propõe

3. É consolidado o entendimento jurisprudencial no sentido de que “A simples fuga do acusado do distrito da culpa, tão logo descoberto o crime praticado, já justifica o decreto de prisão preventiva”(RT. 497/403); inclusive no STJ: “A evasão do réu, por si só, justifica a preventiva decretada a bem da instrução e aplicação da lei penal”(RT. 664/336); e no TJSP: “Sem dúvida, a ausência do réu do foro da culpa é demonstração patente de que se torna necessária sua segregação preventiva, por conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal.”

4. STF: “Tribunal do Júri: julgamento: crimes inafiançáveis: a presença do réu é indispensável. C.P.P., art. 451 e seu § 1º (HC 71.923-6-PE-DJU de 24.2.95, p. 3.678). E ainda: STF: “Não constitui constrangimento ilegal a prisão preventiva decretada contra réu que se achava em liberdade provisória, mesmo pronunciado, na forma do art. 408, § 2º, do CPP, mas que, embora regularmente intimado, não comparece ao seu julgamento pelo Tribunal do Júri” (RT. 542/443 e RTJ 102/979).”

reformas no processo, é questão afeta ao direito penal. Aliás, se o acusado da prática de crime de aborto “por motivo de relevante valor social ou moral” pretender se ausentar do julgamento, como forma de protesto contra a criminalização da conduta, pode fazê-lo livremente, já que hoje, com exceção do aborto provocado sem o conhecimento da gestante (art. 125 do CP), todas as demais figuras têm penas mínimas inferiores ha dois anos, e se inexistentes motivos para decretação da prisão preventiva, sendo primário e de bons antecedentes, em regra responde ao processo em liberdade e, assim, pode ser julgado à revelia.

Na nossa visão, a alteração pretendida não contribuiria para a racionalização e eficácia do julgamento pelo Júri. Se o objetivo de julgamento sem a presença física do réu é evitar-se a prescrição da pretensão punitiva, parece-nos que essa finalidade poderia ser plenamente alcançada com a adoção de regra semelhante à do art. 366 do CPP, a efeito de determinar-se a suspensão do processo e do prazo prescricional, conjuntamente, pelo prazo correspondente ao da prescrição (art. 109 do CP), caso o réu acusado de crime inafiançável, intimado pessoalmente, ou por hora certa, ou na pessoa de seu defensor, da data do julgamento, não comparecesse sem motivo justificado, sem prejuízo da decretação da prisão preventiva, se for o caso, como aliás prevê o anteprojeto em complemento de redação ao art. 366 do CPP.

Fazemos nossas as palavras do Professor e Advogado Rogério Lauria Tucci, quando, embora defendendo a proposta do projeto, lembra que:

“... constitui inafastável regra de hermenêutica que, na interpretação sistemática, não se apartem os estudiosos e aplicadores da lei da unicidade da incidência de seus dispositivos a situações processuais idênticas ou, mesmo, assemelhadas ou correlatas. Pois bem - prossegue o autor - se estes são aplicáveis aos processos penais em geral, à evidência que o são, por igual, no tocante aos de competência do Tribunal do Júri...”

Com a medida, assegura-se ao acusado o direito de não ser julgado sem ser ouvido - uma imposição constitucional, por força do art. 8º, dois, “b” da Convenção Americana de Direitos Humanos, celebrada em São José da Costa Rica em 22.11.1969⁵, e referendada pelo Decreto 678, de 06.11.1992, publicado no DOU em 09.11.92, que proíbe o processo penal sem comunicação prévia e pessoal ao acusado - e à sociedade ofendida o direito de julgá-lo de corpo presente, sem riscos de condenações à revelia de defesa pessoal, prestigiando-se a dignidade da Justiça ao impedir estratégia maliciosa do réu, conducente à prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Rogério Lauria Tucci também defende o julgamento sem a presença do réu, entendendo bastar que tenha havido efetiva citação para o processo, sendo irrelevante que, ao depois, o réu possa abandonar, momentânea ou permanentemente o processo. A amplitude do direito de defesa - diz o renomado jurista - elevada, juntamente com o contraditório, à eminência constitucional, e sempre estruturalmente dualista, perfecciona-se, necessariamente, com a

5. “Artigo 8º - Garantias Judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juiz ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;” (*Instrumentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos*, Centros de Estudos, s. n.º 14, Proc. Geral do Estado de São Paulo, p.257.).

atuação técnica de profissional legalmente habilitado - defensor constituído, ou dativo -, e não com a autodefesa, cujos contornos ficam ao alvedrio do cidadão envolvido numa “persecutio criminis”. Apoiar-se na lição de Frederico Marques, segundo a qual “... se a defesa técnica é exigência legal insuprível e constante - a autodefesa, no processo penal brasileiro, já não se apresenta com este caráter. A autodefesa é a defesa particular do acusado, através da participação em vários atos processuais e da presença àqueles que se realizam “coram populo” para instrução e debates da causa.”⁶

Não parece inteiramente correta a asserção supra. É certo que a defesa técnica tem preponderância no processo, mas não menos verdade é que o primeiro ato de defesa do acusado ocorre no interrogatório, que tanto na fase policial, quanto em juízo não admite a intervenção de defensor. (art. 187 do CPP). Essa precedência da defesa pessoal em relação à defesa técnica, tornando o interrogatório um ato pessoal do juiz processante, aliada à sistemática da indagação obrigatória sobre a imputação, na ordem imposta pelo art. 188 do CPP, revela quão importante é este meio de defesa própria e também meio de prova. Por esse último dispositivo, que impõe ao juiz proceder, além das essenciais, indagações detalhadas que conduzam a elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração, destacam-se, nos incisos V e VI, e no parágrafo único, perguntas voltadas estritamente à defesa do acusado.

Aliás, nesse ponto, é oportuno lembrar que, ao contrário do mencionado pelo Eminentíssimo autor suprarreferido, a defesa pessoal no processo penal não está em desuso; expressamente contemplada na parte final do art. 263 do vigente Código de Processo Penal⁷, é prevista também, mais recentemente, no art. 8º, item dois, letra “d”, da Convenção Americana de Direitos Humanos, o chamado “Pacto de San José da Costa Rica”, de 22.11.1969, ratificada pelo Brasil em 25.09.92, e que passou a integrar o Direito Constitucional Brasileiro, nos termos do disposto no art. 5º, § 2º, da CF, por força do Decreto nº 678, de 06.11.1992, publicado no DOU em 09.11.92.

De acordo com esse instrumento normativo internacional se pode constatar, também, que a autodefesa não só é assegurada, como vem em primeiro plano. Diz o tratado ser uma “garantia mínima do acusado”, “verbis”: “d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor.” E a alínea “e” “do mesmo dispositivo, complementa-o, ao reiterar ter ele “direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei”.”⁸

Parece-nos bastante claro que, a partir da vigência do tratado no Direito doméstico, nenhuma norma infra-constitucional poderá dispor no sentido que impeça o acusado de exercer, como garantia mínima, a autodefesa em qualquer instância ou tribunal, se assim ele desejar e estiver apto, tudo, evidentemente, sem prejuízo de controle “a posteriori” por parte do juiz, que, em sendo o caso, poderá declará-lo indefeso, nomeando-se-lhe defensor compulsoriamente, para assegurar a efetividade de defesa.

6. *Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*, p.84.

7. “Art. 263. Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação.”

Neste sentido, o art. 482, parágrafo único do próprio projeto 2000, ao determinar que o juiz questione ao Conselho de Sentença o que constar do interrogatório, para além daquilo que for alegado pelas partes, prestigia a autodefesa e se compatibiliza com as normas do referido tratado internacional vigente no Direito Constitucional pátrio.

No júri, o interrogatório é especialmente considerado. Diz o art. 484, III, do CPP: “se o réu apresentar, na sua defesa, ou alegar, nos debates, qualquer fato ou circunstância que por lei isenta de pena ou exclua o crime, ou o desclassifique, o juiz formulará os quesitos correspondentes imediatamente depois dos relativos ao fato principal, inclusive os relativos ao excesso doloso ou culposo quando reconhecida qualquer excludente de ilicitude”. A lei é impositiva ao Juiz-Presidente, obrigando-o a quesitar tudo o que for dito em defesa do réu, não apenas o que diz o seu defensor.

Note-se, então, que, mais uma vez, o código considera em primeiro plano a defesa pessoal do réu, aquilo que ele “apresentar, na sua defesa, ou alegar nos debates”, numa referência clara ao interrogatório, emprestando equivalência entre autodefesa e defesa técnica.⁸ E isso tem um forte caráter pragmático porque, como se sabe, e a experiência o demonstra, nem sempre a tese apresentada pelo advogado é a mais adequada ou mais viável aos interesses reais da defesa e o próprio acusado, não raras vezes, acaba por delinear uma informação relevante ou variar ou mesmo modificar a tese no momento em que responde o interrogatório em plenário, quiçá porque, sendo o personagem principal do processo, protagonista dos fatos e sujeito direto das eventuais sanções, conhece melhor que o seu defensor (por motivos ou circunstâncias nem sempre reveladas) as suas reais possibilidades de defesa. Daí o acerto da lei em não considerar apenas as teses da defesa técnica alegadas em plenário, admitindo, também, outras alegações feitas pelo próprio réu e que, de algum modo, possam vir em seu benefício, tudo em prestígio da plenitude de defesa.

O princípio constitucional do contraditório, como manifestação do princípio do estado de direito, garante tanto o direito de ação, como o direito de defesa; os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, realizarem as provas que requererem para demonstrar a existência de seu direito em igualdade de condições. No processo penal, ao contrário do processo civil, o contraditório deve ser efetivo, real, substancial, tanto que se exige defesa técnica do réu ainda que revel. (art. 261 do CPP), para que se tenha por obedecido o mandamento constitucional.⁹ Para isso a norma é completada por aquela outra do art. 497, n. V, do CPP, que manda seja dado defensor ao réu, quando o juiz o considerar indefeso. Significa dizer que, se

8. Elucidativa, a respeito, a lição de Mirabete, verbis: “A defesa técnica, a cargo do advogado procurador do réu, é complementada pela autodefesa do acusado, que pode se desenvolver a seu lado no processo, com sua participação em todos os atos do processo, apresentando alegações em seu interrogatório, manifestando o desejo de apelar da sentença condenatória etc. Autodefesa e defesa técnica não se submetem uma a outra; ambas devem, para a tutela do direito de liberdade de acusado, situar-se em igual plano. A participação do acusado, porém, não é indispensável, mas facultativa, sendo apenas um ônus que, não cumprido, pode acarretar a revelia (art.366). E, igual sentido o julgado: “TACRSP: “Autodefesa e defesa técnica são posicionadas, não raro, de modo desequilibrado como se a defesa técnica fosse mais relevante do que a defesa pessoal. Não há razão para subalternar uma a outra, posto que ambas devem, para a tutela do direito de liberdade do acusado, situar-se em igual plano. Participação do réu, no Juízo, não pode cingir-se a um genérico contato com os fatos do processo. Participar, aqui, deve ser compreendido em seu sentido literal: quer dizer que ‘o juízo deve formar-se também com a contribuição do próprio acusado’. E é esta participação que, junto com a função acusatória e a função judicante, concorre para o Juízo coletivo, que é a expressão do contraditório”. (JTACRESP 75/89-90, cf. Júlio Fabrini Mirabete, Código de Processo Penal Interpretado, p. 341).

9. O STF, enfrentando a matéria, cristalizou o entendimento: “No processo penal, falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.” (Súmula 523).

houver defesa desidiosa, incorreta, insuficiente tecnicamente por parte do advogado do réu no processo penal, o feito deve ser anulado e nomeado outro defensor, tudo em nome do princípio do contraditório conjugado ao da ampla defesa, ambos garantidos pela Constituição”.¹⁰

As justificativas apresentadas pelos Ilustres integrantes da Comissão elaboradora dos projetos de reforma do Júri limitam-se a uma perspectiva unilateral que privilegia estritamente os interesses individuais do acusado; fala-se de abandono do processo e ausência do julgamento, reivindicando-se um inexistente direito de fuga, como corolário do direito de calar, como se o processo não traduzisse uma relação jurídica de direito público, a impor direitos e obrigações recíprocas entre o réu e o Estado-juiz.¹¹

As partes, em todo processo, estão submetidas a ônus processuais, sendo o principal deles o de comparecer a todos os atos processuais a que devam estar presentes, cujo desatendimento, conhecido como contumácia, importa em conseqüências legais. No processo penal, até bem pouco tempo, se admitia que o réu citado por edital e que não comparecesse, nem apresentasse justificativa plausível, tinha como conseqüência desfavorável a decretação da revelia, e o processo criminal seguia normalmente seus ulteriores termos; o réu, em qualquer modalidade de citação, nesse caso perdia apenas o direito a novas intimações pessoais. Era uma hipótese de presunção legal de citação e de recusa do interesse de se defender.

A lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996, que deu nova redação ao art. 366 do CPP, em respeito ao princípio “nemo inauditus damnari potest” (ninguém pode ser julgado sem ser ouvido), visando preservar o direito de defesa, no caso de citação por edital, impediu essa presunção de que o imputado tomou conhecimento da acusação estatal quando, decorrido o prazo legal, ele não comparece em juízo para o interrogatório, nem constitui defensor. (art. 366 do CPP).

Fruto de constantes preocupações da doutrina nacional e internacional, a nova sistemática evita as indesejadas conseqüências de uma condenação criminal sem que haja certeza plena de que o acusado tomou conhecimento dos exatos termos da acusação. E, assim, obediente aos postulados do direito internacional de proteção aos direitos da pessoa humana, o legislador brasileiro, ao editar a referida lei 9.271/96, impôs ao juiz presidente, no caso de citação edital e quando o acusado não comparece nem constitui advogado, a suspensão do processo e a suspensão do prazo prescricional da ação penal, ou seja, a lei ordenou a paralisação do processo em respeito à defesa efetiva e substancial, eliminando a possibilidade de defesas artificiais e meramente formais até por falta de informações, feitas por defensores nomeados.

Muito embora a “ratio” do preceito seja assegurar efetividade à defesa, o legislador, sabiamente, não olvidou o direito do Estado: ao suspender o processo criminal, impôs a concomitante e incidível suspensão do prazo prescricional¹² em respeito ao equilíbrio processual; afinal, seria mesmo ilógico e irracional que o Estado ficasse impedido de exercer o direito constitucional de ação, permitindo-se ao acusado o privilégio de contar a seu favor, prazo prescricional, todo o tempo pelo qual ficou ausente.

10. Nelson Nery Júnior, *Princípios do processo civil na Constituição*, pp.127-128.

11. Os artigos 328 e 341 do CPP são exemplos de imposição de obrigações legais ao réu; pelo primeiro, a lei impõe a obrigação de comunicar ao juízo a mudança de endereço ou de ausência de sua residência por mais de oito dias; pelo segundo dispositivo, impõe-se-lhe a obrigação de comparecer a todos os atos do processo para os quais for intimado, salvo motivo justo, tudo sob pena de quebramento da fiança.

Ao contrário do que se poderia supor, o instituto da revelia não acabou; ainda hoje, o art. 367 do CPP, de acordo com a redação que lhe foi dada pela mesma Lei nº 9.271/96, estabelece: “o processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo”.¹³

É óbvio que, em regra, os acusados de graves crimes contra a pessoa humana prefeririam ser eximidos do comparecimento ao plenário de julgamento mandando um advogado em seu lugar, especialmente os mais esclarecidos e dotados de melhores condições econômico-financeiras, que quase nunca freqüentam o foro criminal no Brasil. Mas isso não fica - nem poderia ficar - ao alvedrio do réu, ao menos nos crimes inafiançáveis da competência do Tribunal do Júri.

E é precisamente esse o ponto: o direito processual penal é ramo do direito público, cuja missão não é simplesmente a de tutelar os interesses exclusivamente individuais, constituindo a jurisdição penal uma atividade substitutiva dos interesses particulares de vítimas e acusados, que só secundariamente são tutelados por meio do processo penal, pois o escopo primário do processo, afinal, é a realização do direito penal objetivo na busca constante da pacificação social. Na busca permanente desse desiderato há que se rejeitar todo e qualquer artificialismo e presunções que conduzam a um julgamento apenas virtual impondo riscos à dignidade da função jurisdicional do Estado.¹⁴

Presente a pretensão punitiva estatal, que nasce da violação de um tipo penal, o processo penal moderno, como resultado da evolução civilizatória da humanidade, se desenvolve com a citação válida numa atividade persecutória pública destinada a coleta de provas que visam subsidiar uma decisão justa pelo Estado-juiz. O Estado, enquanto parte processual submete-se às regras de um devido processo legal em que se compromete a respeitar os direitos fundamentais e processuais do acusado, na procura da verdade real, sem, contudo, despir-se de sua normal

12. Sobre o tema, escrevemos: “Admitir-se apenas a suspensão do processo, deixando fluir o prazo prescricional, como preconizam aqueles que vêm o caráter material na norma relativa à suspensão da prescrição, “data venia”, é mutilar a lei, ferir o seu sentido axiológico e teleológico e abrir a porta à impunidade, conduzindo a uma situação absurda que o hermeneuta deve de pronto repelir. A interpretação que nos parece a mais sensata e também de efeito prático, na medida em que evita qualquer discussão acerca da aplicação retroativa da lei, eliminando-se essa possibilidade de cisão da norma com a suspensão do processo e a fluência do prazo prescricional, é a da aplicação da Lei nº 9.271/96 apenas aos processos novos, por delitos ocorridos na sua vigência.”. (IBCCrim nº 48-novembro/1996, p.3.). O STF, julgando pedido de HC, indeferiu a ordem, “afastando a pretensão de aplicação “intermediária” do art. 366 do CPP, com a qual se requeria fosse conferida ao paciente a retroatividade da parte benéfica (suspensão do processo), e a irretroatividade da parte a ele prejudicial (suspensão da prescrição). HC 74.695-SP, rel. Min. Carlos Velloso, 11-3-97 (Informativo STF 63, 19-3-97, cf. Júlio Fabbrini Mirabete, op.cit., p.469).

13. Ensinava Mirabete: “A contumácia do réu (ausência injustificada) regularmente citado ou intimado pessoalmente provoca a revelia, diante da qual o o processo se desenvolve sem que seja ele mais intimado ou notificado quanto aos atos do processo, tanto nos processos perante o juízo comum quanto nos processos de competência originária dos tribunais. O prosseguimento do processo à revelia do acusado é uma penalidade processual imposta ao réu que descumpra suas obrigações para com o processo.”(Júlio Fabbrini Mirabete, op.cit. p.471).

14. No direito, como em vários outros ramos do conhecimento humano, percebe-se uma excessiva tecnização, fruto das novas tecnologias, que penetram inicialmente em sua estrutura formal, na simples documentação dos atos processuais e como novos meios de prova; num segundo estágio, avançam para o seu próprio conteúdo, propondo-se modificações procedimentais as mais variadas, algumas de extravagância rocambolesca, tais como v.g., interrogatório *on line*, tudo em nome da modernidade, ou motivado por sentimento de inferioridade cultural crônico de latino-americano, um desejo incontido de “importar o novo”. A idéia de mandar alguém ao júri no lugar do réu, nesse contexto, não deixa de ser uma perola da modernidade; o julgamento da cadeira vazia, mais do que virtual, seria a instituição do réu fantasma!

autoridade de Estado interessado máximo na defesa social. Para tanto, ao autolimitar-se, criou o instrumental necessário para o desenvolvimento da jurisdição, os órgãos jurisdicionais, as instituições jurídicas e o processo. Ainda que condenatória seja a pretensão, não é a condenação o objeto, o fim do processo, mas a realização da Justiça, sendo assente a idéia de que, se ao Estado não interessa a absolvição de um culpado, muito menos lhe interessa a condenação de um inocente.

Feitas tais considerações teóricas, pode-se afirmar que a tutela da liberdade através do processo não pode ser vista exclusivamente sob o prisma do interesse imediato do indivíduo, senão na perspectiva do interesse coletivo de forma preponderante, já que o valor liberdade, sendo um bem irrenunciável e inalienável pelo indivíduo, é um verdadeiro “condomínio social”.¹⁵ O Estado de Direito, ao submeter a sua pretensão punitiva ao crivo do Poder Judiciário, fez uma sábia opção em prol da segurança e da justiça: assumiu o risco de absolver alguns criminosos, para não condenar inocentes, pois é a preservação dessa liberdade coletiva o critério de justiça que orientou sua escolha. Daí o inteiro acerto da asserção feita por Ada Pellegrine Grinover: “o processo não pode ser entendido apenas como instrumento de persecução do réu. O processo penal se faz também, e até principalmente, para a garantia do acusado. A partir da “nulla poena sine iudicio”, com a subseqüente proibição de autotutela e de autocomposição, o processo criminal se constitui no último instrumento permitido para a solução da lide penal.”¹⁶

Em suma, há uma posição de compromisso. Se é verdade que o Estado deve punir aqueles que delinqüíram, não menos verdade é que deve fazê-lo de forma justa e segura. Em sendo a liberdade um direito irrenunciável, cuja fruição deve ser assegurada pelo Poder Público no limite do interesse coletivo, tornou-se imperioso jurisdicizar o “ius puniendi” do Estado, a fim de que se pudessem utilizar métodos capazes de levar ao conhecimento de um julgador, neutro e imparcial, o que realmente ocorreu no mundo fático.¹⁷ Assim, a defesa no processo penal, transcendendo a esfera dos interesses individuais do acusado, vai se constituir numa instituição, ou como magistralmente o diz Nilo Batista, um “órgão da administração da Justiça e não mero representante dos interesses do acusado. Isto porque ela exerce, substancialmente, para a preservação e tutela de valores e interesses do corpo social, sendo assim, garantia de proteção da própria sociedade”.¹⁸

15. Tourinho lembra a sábia lição de Rui Barbosa em petição que escrevera certa vez: “Eis, Srs. Juizes, de onde resulta a suprema importância do habeas corpus entre as nações livres. As outras garantias individuais contra a prepotência são facultades do ofendido. Esta é o dever de todos pela defesa comum. Ninguém pode advogar essa exceção singular às leis do processo. Ninguém pode advogar sem procuração a causa de outrem. Para valer, porém, à liberdade seqüestrada, não há instrumento de poderes que exigir: o mandato é universal; todos o recebem da lei; para exercer validamente basta estar no país. Os próprios Juizes são obrigados a mandá-la restituir “ex officio”, se no curso de qualquer processo lhe constar, por testemunho fidedigno, caso de constrangimento ilegal. O paciente pode, até, não requerer a liberdade; pode, resignado ou indignado, desprezá-la; pode até, por um desvario, rejeitá-la. É indiferente. A liberdade não entra no patrimônio particular, como as cousas que estão no comércio, que se dão, trocam, vendem ou compram; é um verdadeiro condomínio social; todos o desfrutam, sem que ninguém o possa alienar; e se o indivíduo, degenerado, a repudia, a comunhão, vigilante, a reivindicar. Solicitando, pois, este habeas corpus, eu propugno, na liberdade dos ofendidos, a minha própria liberdade; não patrocino um interesse privado, a sorte de clientes: advogo a minha própria causa, a causa da sociedade, lesada no seu tesouro coletivo, a causa impessoal do direito supremo, representada na impessoalidade deste remédio judicial” (cf. Lições de Ruy, paginas coligidas por Heitor Dias, Bahia, Imprensa Oficial, 1949, p.76, *apud* Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, vol. 4, p.403.).

16. *Liberdades públicas e processo penal*, p.27.

17. Afrânio da Silva Jardim, *Direito processual penal*, passim.

18. Nilo Batista, *Defesa deficiente*, Revista de Direito Penal, p. 169.

A razão da exigência legal do comparecimento pessoal do réu para o julgamento no Tribunal do Júri está fundada, precisamente, nos imperativos de segurança e de justiça. No plenário, prevalecem os princípios da oralidade e da imediatidade; os jurados comunicam-se com o Juiz-Presidente; há debates orais entre as partes, testemunhas são ouvidas, o réu é interrogado com a participação direta dos jurados, que não são meros expectadores dos trabalhos; podem inquirir as primeiras e, quanto ao interrogatório, embora não haja previsão legal expressa, é praxe que enderecem questões ao réu através do Juiz-Presidente - de se ver, inclusive, que o projeto 2000 inova ao permitir que as partes e os jurados formulem diretamente perguntas ao acusado (art. 473, § 1º). É tão relevante o interrogatório que a supressão do ato é considerada como causa de nulidade absoluta¹⁹. (art. 564, III, letra “e” c.c. art. 465 do CPP).

Com efeito, o interrogatório do réu em plenário, visto não apenas como peça de defesa, mas também como meio de prova, adquire importância fundamental para o jurado, tanto que o projeto prevê o seu direito de indagar, haja vista ser este o único momento legal, a única oportunidade que o jurado tem para conhecer, do próprio acusado, a sua versão sobre os fatos que estarão julgando em poucas horas, e é deste contato direto, “vis a vis”, que dúvidas muitas vezes são dissipadas pelos cidadãos comuns, que têm um padrão diferenciado de cognição sobre fatos e valoração das normas penais em relação aos juizes profissionais. Daí porque, se para os juizes togados, que se orientam pelos princípios da livre convicção e do dever de fundamentar, a lei dispensa a presença física do réu que, citado, se ausenta, no Júri, nos crimes infiançáveis, sabiamente a lei exige a presença do réu em respeito às peculiaridades do julgamento popular.

Cabe, finalmente, lembrar o caráter de exemplaridade da sanção, que ficaria irremediavelmente desgastada em caso da condenação de uma “cadeira vazia”, especialmente porque o que se exige é que haja efetividade no cumprimento das penas, e não a simples constituição de um título penal para futura e incerta execução, ante a ineficiência visível das polícias no cumprimento dos mandados de prisão. Um criminoso perigoso ausente, condenado por um grave homicídio, por exemplo, se veria estimulado a empreender fuga tão logo soubesse da condenação e/ou decretação de sua prisão, frustrando a expectativa da necessária punição, contribuindo para o aumento da sensação de impunidade.

A prevalecer a lógica dos projetos referidos, chegar-se-ia a duas situações inusitadas e igualmente inaceitáveis num Estado de Direito Democrático que, fundado na soberania, cidadania, na dignidade da pessoa humana e tendo por objetivos, entre outros, construir uma sociedade livre, justa e solidária, reduzir as desigualdades sociais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação, (art. 1º, I, II, e III, e art. 3º, I, III e IV da CF): o réu, processado criminalmente por acusação de crimes dolosos contra a vida, não mais seria visto pela Justiça, porque, na primeira fase do

19. Assim os julgados: “TJRJ: O réu deve ser interrogado em plenário, como manda a lei, não se admitindo a dispensa do ato sob a alegação de deixar a cargo de seu defensor o que teria de dizer.”(RT 398/365). No mesmo sentido, TJSP: RT. 412/107. Somente há nulidade pela ausência do interrogatório, quando, presente o réu, é o ato dispensado ou omitido sem qualquer justificativa (art. 564, III, letra “e”, do CPP). Não há nulidade do julgamento pelo Tribunal do Júri, quando os réus, advertidos pelo Juiz Presidente, negaram responder às perguntas do interrogatório, declarando que desejavam ficar calados, pois não é dado a nenhuma das partes arguir nulidade a que haja dado causa ou para a qual tenha concorrido. (art.565, do CPP).” (JCAT 69/518-9). (cf. Júlio Fabrini Mirabete, *Código de Processo Penal Interpretado*, p.594).

procedimento preliminar, ele não seria interrogado, apenas se defendendo por escrito, através de seu defensor; e na segunda fase, que é a de julgamento, não precisaria mais comparecer ao plenário, pois isso, segundo se pretende, seria um “direito seu”.

Mais grave: se o réu não desejasse, poderia se ocultar da citação pessoal e não haveria sequer o processo, porque, como visto, se ele não for encontrado pelo Oficial de Justiça, será citado por edital e não comparecendo em juízo, nem constituindo defensor, não se iniciaria o prazo de defesa escrita²⁰ e, assim, não haveria processo criminal; enquanto isso, o prazo de prescrição a seu favor e contra o direito/dever do Estado continuaria a correr normalmente, até que um dia ele resolvesse se apresentar ou constituir advogado para dar início à persecução penal. Seria mesmo um convite legal às fraudes e alicantinas, colocando-se o processo a serviço do exclusivo interesse do criminoso!

Conclusões:

1) a proposta de julgamento sem a presença física do réu não é inerente ao seu direito de calar;

2) por não se compatibilizar com os princípios do modelo de júri brasileiro, a proposta representaria sério risco de lesão à efetividade do processo, permitindo artificialismo nos julgamentos de pessoas mal conhecidas, ou mal identificadas, aumentando as possibilidades de condenações e absolvições injustas. De quebra, permitiria a fuga de réus perigosos, tão logo tomassem conhecimento da condenação.

3) a proposta traria a impensável consequência de se julgar acusados da prática de crimes da maior gravidade e que não seriam mais vistos pela Justiça, porque, de acordo com o projeto, na primeira fase do processo o réu estaria sujeito a um procedimento preliminar, não sendo interrogado, mas apenas se defendendo por escrito através de seu defensor, e na segunda fase, que é justamente a de julgamento, não precisaria mais comparecer ao plenário, pois isso, segundo se pretende, seria um “direito seu”. Uma perspectiva individualística que cerceia o direito político-constitucional dos jurados de julgar os seus pares na sua plenitude, substancialmente, e de exercer a jurisdição popular também para a tutela dos valores e do interesse coletivo.

20. O projeto propõe o art. 406: “oferecida a denúncia ou queixa, o juiz ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias, contados da data da juntada do mandado aos autos ou, no caso de citação por edital, do comparecimento pessoal do acusado ou de defensor constituído.” De acordo com a redação, como o prazo de resposta à acusação só começa a correr com “o comparecimento pessoal do acusado ou de seu defensor”, logicamente que, não ocorrendo o comparecimento, nem havendo constituição de defensor, não se inicia a contagem do prazo de resposta e, portanto, o processo não se desenvolve. O art. 408 do projeto, ao dispor que “não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará dativo para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias”, não resolve o impasse. Se o prazo de resposta para o réu citado por edital só começa a correr de seu comparecimento em juízo ou de seu defensor constituído, o juiz não poderá nomear-lhe defensor dativo, já que, dispondo ele de prazo para se defender e constituir defensor, não há se-lhe impor defensor dativo. A questão é que o projeto, ao inovar, olvidou a norma do artigo 362, segundo o qual “verificando-se que o réu se oculta para não ser citado, a citação far-se-á por edital, com o prazo de cinco dias”, e a fundamental regra do art. 365, V do CPP, que manda contar o prazo de cinco dias para que se aperfeiçoe a citação, a partir da publicação do edital na imprensa, se houver, ou da sua afixação.”

TESE 34

CONDIÇÕES PARA QUE QUALIFICADORAS INTEGREM A PRONÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE LEGAL DE CONSIDERAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADORA COMO AGRAVANTE GENÉRICA NO JULGAMENTO DO JÚRI

Antonio Visconti

Procurador de Justiça

Membro do Movimento do MP Democrático

Examinar-se-á, neste obscuro trabalho, o problema das exigências legais para que as circunstâncias qualificadoras sejam apresentadas no julgamento em plenário, portanto, no procedimento do júri.

A preocupação é apenas com os crimes de ação pública, porque os de ação privada só virão à competência do tribunal popular pela conexão e a extrema raridade de ocorrência dessa hipótese explica seja deixada de lado nesta oportunidade.

No processo penal brasileiro, os Arts. 383 (repetido no Art. 408) e 384 e parágrafo e 410 do Código de Processo Penal, regulam a *emendatio libelli* e da *mutatio libelli*; o primeiro fenômeno, tratado nos Arts. 383 e 408, também não interessa a este trabalho, pois não oferece maiores dificuldades; quanto ao último, de logo se ressalta não haver perfeita correlação entre a acusação, deduzida pelo *parquet*, e a sentença, mas sim entre o **fato contestável** e a sentença. Na hipóteses do Arts. 384 do Código de Processo Penal, pela prova de fato novo, deslocando ou não, a classificação da imputação, sem implicar imposição de pena mais grave, ensejará à Defesa manifestar-se, inclusive indicando novas provas, antes de proferir decisão (e se ordenar produção de prova nova, obviamente as partes deverão se manifestar sobre estas). Note-se que não é necessário que a prova de novo fato modifique a *imputatio juris*. Pense-se na hipótese de num processo por homicídio ou lesão culposa, imputando, a denúncia, culpa por imprudência, decorrente de velocidade não compatível com o local e circunstâncias, no qual surja prova de que a imprudência se consubstanciou em o réu estar embriagado ao volante do veículo causador do desastre; não se altera a definição jurídica do fato, mas é imperioso se cumprir o Art. 384 do Código de Processo Penal; ou então alguém a quem se imputou haver prestado auxílio para a prática de crime, mas que na verdade foi seu mandante; conquanto a definição jurídica não se altere, o fato constitutivo da participação é outro e a condenação por aquele de que não se cogitou na denúncia não pode ser lançada sem que o imputado se possa manifestar, inclusive indicando novas provas; somente quando a prova de fato novo acarreta imposição de pena mais grave ou a participação de pessoa que ainda não integra a relação processual, o aditamento da denúncia pelo Promotor é imprescindível e na sua recusa só pela reconsideração dessa posição

pelo Procurador-geral o Juiz poderá lançar a decisão pela imputação mais grave, após cumprido o Art. 384, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Tendo em conta que a correlação se dá entre o fato contestável e a sentença, o Promotor estará atento a que o primeiro seja sempre apresentado ao réu com os contornos de imputação válida; o mais correto é que se antecipe ao Magistrado, propondo utilize o Art. 384 e apresentando o novo fato de que o réu se deva defender, não obstante sem formal aditamento, que a lei não impõe na hipótese. (No Art. 383, que quanto ao processo do júri é repetido no Art. 408, tem-se tão somente a *emendatio libelli*, ou seja, o fato contestável não se altera, porém o Juiz diverge da classificação do crime dada na inicial e pode optar pela sua, ainda quando daí decorra imposição de pena mais grave). Essa disciplina deve estar sempre presente na mente do Promotor, para o bom e válido exercício da acusação, de que resultará a possibilidade de bem se exercitar o direito de defesa e principalmente ensinará a obtenção de condenação válida.

Essa é a disciplina para os procedimentos ordinário e sumário do Código de Processo Penal.

Quanto ao procedimento do júri, em especial na fase do sumário de culpa, o Art. 408 repete a regra do Art. 383, mas não há regra idêntica ao Art. 384 e seu parágrafo; existem regras sobre a desclassificação e sobre o aditamento da denúncia para inclusão de outro réu, mas não se repete nem se faz remissão ao Art. 384 e seu parágrafo; qual a solução, por conseguinte, se o Juiz entende que, no curso do sumário, surgiu prova de fato constitutivo de qualificadora, não contida explícita ou implicitamente na denúncia ou se a modalidade de co-autoria ou participação de co-réu é diversa daquela constante na denúncia – esta, por exemplo, imputou co-autoria de sociedade mas a prova é de que o co-réu prestou auxílio ao executor do crime doloso contra a vida?

Estou em que, relativamente à decisão de pronúncia, conquanto sem a força de uma decisão final de 1º Grau, mas tendo em conta o regramento constitucional atual do processo penal, também se faz imprescindível o aditamento, caso a prova de fato novo desloque a definição jurídica do fato e acarrete possibilidade de imposição de pena mais grave. Assim, se o réu vinha sendo processado por homicídio simples e no sumário de culpa o Magistrado vislumbra a possibilidade de inclusão de circunstância qualificadora, na pronúncia, há de baixar os autos para o aditamento; recusado este, só resta aplicar o Art. 28 do Código de Processo Penal, analogicamente, e se o Procurador-Geral de Justiça insistir na recusa, a qualificadora não poderá integrar a pronúncia. Se o réu já respondia por homicídio qualificado, a superveniência de prova de nova qualificadora, não articulada na denúncia nem implicitamente contida nesta não acarreta modificação da *imputatio juris*, em nível de modificação do mínimo e máximo de pena cominados. Também nesta hipótese se faz necessário o aditamento?

Em congressos anteriores houve teses propugnando inconstitucionalidade do Art. 384, *caput*, do Código de Processo Penal, porquanto constituiria resqúcio da ação penal *ex officio*, violando princípios do processo acusatório, exigindo-se sempre o aditamento à denúncia, estabelecendo perfeita correlação entre a acusação e a sentença, que não foram aprovadas (é certo que a questão não foi tratada sob a égide da atual ordem constitucional). Não é objetivo deste obscuro trabalho trazer novamente à baila esta controvérsia. E se no processo comum essa questão tem grande relevo, não tem a mesma significação na oportunidade da decisão de pronúncia, que apenas examina a admissibilidade da acusação. Afigura-se correto, porém, afirmar que também nesse momento há que haver correlação entre o **fato contestável** e a decisão. Dever-se-á, portanto, proceder tal como no Art. 384, ou seja, o Magistrado apresentará o novo fato, decorrente da prova surgida, ao réu, ensinando-lhe contrariá-lo, inclusive mediante indicação de novas provas.

Poder-se-á objetar que tanto numa como n'outra hipótese surgiram indícios de qualificadora não contida nem sequer implicitamente na denúncia e numa se exigirá o aditamento e na outra, não. É esse, porém, o sistema da lei processual penal, abrindo a possibilidade de o Juiz modificar a acusação, sempre que daí não decorra possibilidade de imposição de pena mais grave, como tal se entendendo a modificação do piso e teto da sanção. Salvo se revivendo aquelas objeções ao Art. 384 do Código de Processo Penal, tendo-o como atentatório ao princípio acusatório e por isso inconstitucional, essa é a disciplina legal da questão.

No procedimento do júri, tal qual no inquérito judicial previsto na legislação falimentar, a aferição do interesse de agir, por parte do Ministério Público, transcorre sob o crivo do contraditório. Pode-se afirmar que referido interesse se afere em dois momentos, no do recebimento da denúncia, em que o Magistrado verificará se esta está embasada num mínimo de provas que lhe indiquem a viabilidade – e aí bastam suspeita fundada de materialidade do crime e de sua autoria - para que se instaure o sumário de culpa; e depois no da pronúncia, precedida da instrução contraditória e na qual se exige a demonstração da existência do crime doloso contra a vida, indícios de ilicitude e culpabilidade e de autoria e de existência das circunstâncias qualificadoras. Estas hão de ser articuladas na denúncia e se indícios de sua caracterização surgirem durante o sumário de culpa, não estando contidas nem sequer implicitamente na denúncia, deverão ser apresentadas pelo Magistrado ao réu, possibilitando contrariá-la, inclusive por meio de novas provas – na hipótese de a acusação já for por homicídio qualificado; se a acusação inicial é de homicídio simples, a possibilidade de inclusão de qualificadora implicará deslocamento da imputação e modificação das balizas de pena, impondo-se o aditamento da denúncia, observando-se a regra do Art. 384, parágrafo único e, se o caso, havendo recusa do Promotor, também se aplicando o Art. 28 da lei processual penal. Ou seja, os direitos do réu, ante o sistema da aferição do interesse de agir sob o crivo da instrução contraditória, são os mesmos do procedimento comum, ordinário ou sumário.

Diante dessas considerações, verifica-se que não se tem como legalmente possível a inclusão de qualificadora não articulada na denúncia, nem mesmo implicitamente, implicando ou não, imposição de pena mais grave, independentemente de aditamento ou, quando menos, de se observar a correlação fato contestável-sentença.

Há, porém, uma hipótese em que a qualificadora não constante da pronúncia e por isso também não articulada no libelo, pode integrar o questionário. Quando a prova dela surgir no julgamento em plenário, poderá ser submetida ao júri. Suponha-se que o réu, que vinha negando a autoria do crime ou alegando alguma justificativa ou dirimente, em plenário modifique sua versão e confesse a prática de um homicídio qualificado. Fora pronunciado por homicídio simples e o libelo, como de rigor, não imputou qualificadora. Nada obsta, em homenagem ao princípio da verdade real, seja incluída no questionário. Essa prova também pode emanar de depoimento de vítima ou testemunha, da acusação ou da defesa. Ministério Público e Defensor podem arrolar no libelo e na contrariedade deste testemunhas não ouvidas anteriormente, tal como na denúncia e na defesa prévia e, dentro do limite legal, não há como lhes obstar a inquirição. Se dessa prova resultar demonstração de circunstância qualificadora nem sequer cogitada anteriormente, não se percebem óbices a que integrem o questionário. Nem se objete que terá havido surpresa para a defesa. Assim como o Promotor pode ser surpreendido por depoimentos testemunhais que favoreçam a defesa e terá de encontrar forma de contestá-los ou até desistir de sustentar a acusação, se convencido de que o réu, em face das novas provas, deva ser absolvido, a Defesa há de estar preparada para a mesma eventualidade, de resto muito rara. Fora dessa hipótese excepcionalíssima, porém, a disciplina normal da questão.

Passo a tratar, a seguir, da última parte deste trabalho, no qual se dá consequência às premissas postas até aqui.

Em processo da Vara Distrital de Cajamar/Comarca de Jundiáí, o Ministério Público denunciara o réu por homicídio qualificado pelo motivo fútil e pela surpresa, as quais foram excluídas na pronúncia, sem recurso da Acusação, que posteriormente ofereceu o libelo por homicídio simples, na conformidade da sentença de pronúncia; em plenário, porém, a Promotora então oficiante articulou as qualificadoras a título de agravantes genéricas, que foram afirmadas pelo júri; considerando uma delas, o Juiz Presidente acresceu de 1/6 a pena-base de 7 anos e compensou a outra com atenuante reconhecida em favor do réu, resultando pena de 8 anos e 2 meses, a ser obrigatoriamente cumprida em regime inicial fechado; apelo do réu também argüindo ilegalidade dessa situação foi desprovido, entendendo Procuradoria e Câmara que não havia nenhum óbice legal a esse respeito, citando inclusive lição de MIRABETE e a regra do Art. 484, parágrafo único, inciso II, do Código de Processo Penal.

Foi correta a decisão? Entendo que não.

Como visto, no caso referido, as qualificadoras foram articuladas na denúncia e excluídas na pronúncia, conformando-se, o Ministério Público com esta decisão. Deve ser lembrado que só se justifica exclusão de circunstâncias qualificadoras pela pronúncia quando patente sua inadmissibilidade; havendo indícios de sua caracterização, devem integrar a pronúncia; nessa conformidade, sua articulação em plenário, presumida seu total descabimento, traz indevido cerceamento à defesa, pela surpresa representada; afora as hipóteses já aventadas, a surpresa à defesa ou à acusação cerceiam-nas e acarretam nulidade do julgamento – haja vista a exibição de documento sem prévia e tempestiva intimação do *ex adverso* – Art. 475 do Código de Processo Penal. Cobia, pois, ao Juiz Presidente pôr cobro à atuação ilegal do Ministério Público, no mínimo advertindo disso o Conselho de Sentença.

Mas estando a qualificadora prevista no rol das circunstâncias agravantes genéricas, podendo estas integrar o questionário, sem necessidade de admissão na pronúncia ou de constar do libelo, por que não admitir sua indagação ao Conselho de Sentença, na qualidade de agravante genérica?

Argumenta-se que a qualificadora também integra o rol das atenuantes genéricas e que estas podem ser livremente articuladas em plenário; aquelas não operarão como qualificadoras, com as relevantes consequências sobre as penas previstas para o crime, influenciando tão só na dosagem da sanção, como as demais que não qualificam o crime. A cláusula de que não operam como agravante quando qualificam ou constituem o crime se deve à vedação do *bis in idem*, no caso inexistente.

Não obstante o impedimento do *bis in idem* constitua razão de relevo para a cláusula final do Art. 61 do Código Penal (quando não constituem ou qualificam o crime), daí não se infere que, deixando de operar como circunstância qualificativa possa ser levada em conta como atenuante genérica. No sistema da lei penal, se as circunstâncias incluídas no rol das agravantes genéricas qualificam o crime, só podem funcionar como qualificadoras; ou qualificam o crime ou não influem na dosagem da pena. E não apenas pela literalidade da lei, mas também levando em conta a sistemática processual que obriga incida o *juditium accusationis* sobre as qualificadoras e em duplo grau de jurisdição, afora o controle de legalidade pelos tribunais superiores, via recurso especial ou extraordinário ou *habeas corpus*, ressalvada a hipótese excepcionalíssima de a prova da qualificadora surgir durante o julgamento em plenário.

Não é demais ressaltar que, não articulada oportunamente, ou excluída na pronúncia, ou em acolhimento de recurso do réu, ordinário ou excepcional ou até via *habeas corpus*, ou ainda porque o Ministério Público utilizou sem sucesso o recurso ordinário ou mesmo os excepcionais, as qualificadoras não integrarão o libelo e conseqüentemente não figurarão no questionário. E pela letra e pelo espírito da lei ou qualificam o crime ou não tem relevo algum na dosagem da pena.

Não se deve esquecer nunca que a plenitude de defesa é da essência do julgamento popular e que o exercício integral desse direito decorre fundamentalmente da existência de acusação precisa e limitada. A surpresa para a defesa, como para a acusação, fora das hipóteses excepcionalíssimas lembradas, acarreta seu cerceamento e a nulidade do julgamento. O primeiro direito do réu é ser validamente acusado. Afastada definitivamente uma qualificadora, porque não articulada tempestivamente ou porque rejeitada em 1º ou 2º Graus ou até em recurso especial ou extraordinário ou em *habeas corpus* concedido pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal – atente-se para a extensão da discussão – ressalvada hipótese de seu surgimento ou ressurgimento em plenário, não pode mais ser cogitada e nem mesmo como agravante genérica. Operada a preclusão do tema, ressalvada sempre a excepcionalíssima exceção, evidentemente não mais pode reaparecer no debate.

O assunto também se liga ao comportamento ético do representante do Ministério Público no processo, máxime no do júri, em que as decisões principais são tomadas pelos cidadãos jurados; se a praxe é largamente tolerante para os abusos do direito de defesa, isso não explica nem justifica a atuação anética do representante do Ministério Público, para o qual fins nunca justificam meios – afinal o processo legal devido é garantia constitucional do cidadão e é indiscutivelmente comprometido se aquele age desvinculado de seu compromisso ético, transformando o debate num vale-tudo; não há como negar a maior dificuldade de se cumprir com rigor ditames éticos no julgamento popular. Não são raros os desvios de comportamento, a troca de pesados doestos entre acusador e defensor, e não são poucas as ocasiões em que o resultado do julgamento, longe de representar ponderado sopesamento de provas e de argumentos pelos jurados, será afetado pelo maior talento histriônico de um ou de outro, e, o que é pior, com detrimento da justiça do veredito. Para cobrar o nível sadio do debate e a observância da lei, para atender ao indeclinável direito do réu ao bom exercício da defesa técnica, o Promotor há de se legitimar moralmente dando o exemplo de observância indefectível das exigências éticas de sua atuação.

A Instituição ganhou privilegiada posição constitucional, que lhe tem valida grande acréscimo de prestígio; quem viveu antes da era que culminou na atual ordem constitucional sabe que a influência do Ministério Público era bem menor e ia pouco além da esfera criminal; veio a ação civil pública, depois a Constituição Federal de 1988 e a Instituição obteve garantias e prerrogativas que lhe ensejaram grande visibilidade e a colocaram na ordem do dia de todas as grandes questões nacionais. Sobretudo, ganhou o importante papel de guardião da legalidade democrática, no campo da observância e concretização dos direitos que assegurou. Essa situação impõe a seus representantes indefectíveis deveres éticos, claramente incompatíveis com utilização de métodos ilegais para alcançar seus fins, ainda que justos. Dentre esses deveres se põe, sem nenhuma dúvida, a clara e correta apresentação da acusação, ensejando o completo exercício do direito de auto-defesa e da defesa técnica.

Dentro dessa moldura legal, indubitavelmente não há lugar para ilegais espertezas do representante do Ministério Público, que se não coadunam com o desempenho ético e legal de sua grave atividade e com sua condição de guardião da legalidade democrática e dos direitos

fundamentais inscritos na Constituição Federal, que lhe proporcionou privilegiada posição no ordenamento jurídico-político da Nação.

De tudo decorrem as seguintes conclusões:

1 - não obstante inexistência de dispositivo igual ou análogo ao Art. 384 e seu parágrafo, do Código de Processo Penal, no procedimento especial do júri, suas regras também se aplicam a este;

2 - ante a sistemática decorrente dos princípios postos nesse dispositivo de lei, não existe perfeita correlação entre acusação e sentença, a qual se estabelece entre o fato contestável e a sentença;

3 - em que pese à literalidade do Art. 384 do Código de Processo Penal, sempre que a prova da instrução traga relevante modificação na acusação, ainda quando não provoque deslocamento da definição jurídica do fato, a Defesa deverá ter ensejo de se manifestar sobre a possibilidade de nova imputação de fato não contido, nem sequer implicitamente na denúncia, antes da decisão, podendo, inclusive, indicar novas provas;

4 - em consequência, se no sumário de culpa, surge prova de fato não contido sequer implicitamente na denúncia, mesmo que não afete a definição jurídica do fato, a Defesa deverá ter ensejo de se manifestar, inclusive com oportunidade de indicação de novas provas;

5 - relativamente ao surgimento de prova de circunstância qualificadora não articulada na denúncia, nem desta constando implicitamente, se a acusação já é por crime qualificado e não se modificarem piso e teto de pena, o Juiz apresentará o fato novo à Defesa, cumprindo o disposto no Art. 384, *caput*, do Código de Processo Penal; se a imputação era de homicídio simples, a prova de qualificadora nem mesmo implicitamente constante da denúncia implicará imposição de pena mais grave e só poderá ser considerada após regular aditamento; se recusado este, somente cabe aplicar o Art. 28 do Código de Processo Penal.

6 - circunstâncias qualificadoras devem constar da pronúncia e conseqüentemente do libelo - adstrito àquela -, somente podendo integrar o questionário sem articulação no libelo quando decorrer da prova produzida em plenário;

7 - circunstâncias qualificadoras não articuladas oportunamente nem demonstradas pela prova de plenário, quando também constituam agravantes genéricas não podem integrar o questionário a este título.

TESE 35

A INFRAÇÃO DO TRÂNSITO E O TRIBUNAL DO JÚRI

Marcellus de Albuquerque Ugiette
Promotor de Justiça - PE

I - Exposição

A crescente onda de violência, doravante em todos os níveis, em todas as camadas sociais, e com todos os requintes da modernidade, tem levado os aplicadores e estudiosos do direito a se debruçarem sobre o tema, uns buscando conhecer das causas e do efeito negativo do crime e da violência na sociedade, outros, mais imediatistas, usando do casuísmo que se fez regra em nosso país, na busca incessante de aumentar as penas, rigorizar regimes de cumprimento das sanções, e pregarem a prisão perpétua ou a pena de morte.

Nesse estudo quase que diário do crime, suas causas, seus efeitos, suas circunstâncias, o que antes não passava de um mero acidente de trânsito, normatizado como conduta culposa desde a lesão corporal grave ou não, até o óbito da vítima, sem fuga daquela definição legal e doutrinária do que seja conduta culposa, comportamento culposos, decorrentes da negligência, imperícia e da imprudência, já se permitem novas argumentações sobre o assunto.

Ora, sem maiores delongas, o sinistro de trânsito se inseria nas tipificações ou conceitos dos arts. 129, parágrafo 6º (lesão corporal culposa), e art. 121, parágrafo 3º (e ou 4º) do Código Penal, cuja sanção maior não ultrapassava, regra geral, 03 anos de detenção.

A Lei 9503 de 23/09/1997 – Código de Trânsito Brasileiro, além de modificar a estrutura organizacional dos órgãos diretamente ligados a execução, organização, e fiscalização das questões de trânsito, bem como as normas gerais de circulação e conduta, apresentou um melhor espelho do que seja infração de trânsito, tanto no que diz respeito as nuances meramente administrativas, mas de igual modo aquelas que cominam punições mais rigorosas, a exemplo das pesadíssimas multas, bem como dos pontos negativos que se acumulam na ficha do motorista infrator. Poderíamos então citar os casos dos arts. 165, 170, 173, 174 e 175 da legislação específica de trânsito, que tratam de temas como dirigir sob influência de álcool em nível não permitido, ou qualquer outra substância tóxica, conduzir veículo perigosamente, disputar corridas em vias públicas, promover ou participar de eventos de exibição, manobra e demonstração de perícia no uso de veículos em via pública, enfim tratando tais matérias com conceitos bem claros e culminando sanções administrativas rigorosas a seus infratores.

*. 2ª Vara das Execuções Penais / PE.. e professor de Direito Penal e Processual Penal da APC/PE.

Apesar da nova cara da legislação de trânsito, continuamos a tratar a questão com as velhas normas do Código Penal vigente juntando-se, no procedimento, as informações rituais do Código de Processo Penal, e as novas previsões da Lei 9099/95 – vide arts. 291, e parágrafo único da Lei 9.503/97 -.

A mesma lei de trânsito, mais adiante, e em dispositivo bastante discutível, buscando ainda dar maior rigor ao espírito da normatização, em seu artigo 294 possibilita ao magistrado, como medida acauteladora, e nos moldes e com inspiração na medida excepcional de prisão preventiva, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículos automotores, ou mesmo proibir a obtenção do dito documento.

Medida que pode ser tomada de ofício, a requerimento do Ministério Público ou por provocação da autoridade policial, o tema vem sendo objeto de seguidas discussões e debates, visto que fere algumas normas consagradas, inclusive se conflitando com entendimento constitucional; efetivamente cabe o debate, todavia a citação e o comentário que ora faço, se deve a farta evidência de que o legislador da lei de trânsito estava preocupado com a violência e o alto índice de crimes praticados no trânsito.

A partir do art. 302 e seguintes do Código de Trânsito Brasileiro, observa-se novo conceito a respeito do homicídio culposo e uma nova sanção para a prática – 02 a 04 anos de detenção, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Sem mais delongas, me permito debruçar-me doravante na questão específica do Homicídio Culposo. Vejamos:

II - Fundamentação

A ação é o elemento primário da infração penal, sendo o momento em que o autor, contrapondo-se às regras do ordenamento jurídico em vigor, provoca alteração no mundo visível. A voluntariedade do ato é condição primordial na análise do fato típico, eis que o ato involuntário não pode ser elevado a categoria de ação, uma vez que a inexistência do querer interno inibe a ação enquanto conduta.

As lesões corporais causadas por epiléticos por ocasião do ataque, ou por sonâmbulos, ou por hipnotizados, são bons exemplos da involuntariedade do ato, eis que em tais casos inexistente a vontade propriamente dita. Portanto, em toda ação punível indaga-se, primeiramente, sobre a existência, ou não, de vontade, para depois se questionar sobre o conteúdo por ocasião do exame da culpabilidade, eis que a intenção de produzir determinado resultado constitui matéria pertinente à culpabilidade. Em tão modesto trabalho, não cabe o debate sobre as teorias da ação – causalista da ação, teoria finalista da ação, teoria sintomática da ação e a teoria social da ação -, no entanto, o estudo de itens delineados de cada uma delas, permite o entendimento a respeito da tese que ousei apresentar.

Tudo gira em torno da vontade. A circunstância de que o crime resulta de uma conduta, de um **facere** ou de um **non facere**, sendo oriundo de vontade interior, de um processo interno volitivo, que produz um resultado contrário a lei penal. Neste patamar, pude aprender que **dolo e culpa são elementos psicológicos da culpabilidade, ou faces da culpabilidade.**

Dolo e Culpa presentes ou não como elementos psíquicos da culpabilidade, ou mesmo ausente o elemento psíquico, e, doravante, presentes na ação e conseqüentemente no tipo, o grande cerne da questão é a definição ou explicação dos chamados crimes culposos. Alguns doutrinadores chegaram a conclusão de que *o delito culposo é uma infração a um dever objetivo de cuidado*.

Filho-me a corrente que indica como elementos da culpabilidade, *a imputabilidade, a consciência potencial da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa*.

Carrara, ao definir o dolo, afirmou que dolo é a intenção mais ou menos perfeita de praticar um ato que se sabe contrário a lei. Enrico Ferri, acrescentou a tal definição, a intenção como elemento peculiar do dolo. O art. 18, inciso I do Código Penal diz que ocorre o crime doloso, **quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo**.

Tenho então duas vertentes a respeito do dolo. Dolo direto quanto o agente quis o resultado: **dolo indireto ou eventual quando assumiu o risco de produzi-lo**.

Carrara, ao definir a culpa, afirma que é a omissão voluntária de diligência no calcular as conseqüências possíveis e previsíveis do próprio fato. Para Ferri, a culpa consiste em um estado de desatenção e imprevidência, sendo um erro a exclusão da previsibilidade do acontecimento final, da noção da culpa. Para a teoria finalista, dolo e culpa são integrantes do tipo e não da culpabilidade. O mesmo art. 18, inciso II do Código Penal, afirma que **ocorre a culpa quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia**.

A verdade é que a culpa é uma conduta voluntária que produz um resultado antijurídico não querido, mas previsível e excepcionalmente previsto, que podia, com a devida atenção, ser evitado (Maggiore).

A recente legislação de trânsito diz: praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor – perceba-se que o Código Penal ao tipificar o homicídio culposo – art. 121, parágrafo 3º -, o fez de modo genérico, enquanto que a Lei 9503/97, particularizou e identificou o tipo e a maneira como foi praticado o homicídio culposo em tela, doravante na direção de veículo automotor. Dizendo assim, verifico sem muita dificuldade que, antes era possível e atualmente com mais intensidade, **a prática de homicídio doloso na direção de veículo automotor**.

Não pretendo tecer comentário àquele praticado com os requintes e peculiaridades do dolo direto. Exemplo: o elemento que, intencionalmente e com prévia meditação, utiliza seu veículo como arma e atropela e mata alguém – é o veículo automotor como um revólver, uma arma letal nas mãos de um criminoso -.

A minha posição é de que, aquele homicídio praticado na direção de veículo, quando o autor estiver ao tempo da ação, alcoolizado nos níveis da embriaguez, mesmo por substância entorpecente ou análoga, ou praticado quando o agente participe voluntariamente dos chamados pegadas ou corridas em via pública, sem autorização de órgão público para o evento da espécie, sejam então, após a apuração preliminar, comprovadas uma dessas circunstâncias, deve o infrator ser denunciado por crime de homicídio doloso e, renovada a prova, ser levado a júri popular, devendo ser punido nos termos e nas penas do art. 121 (com ou sem qualificadoras) do Código Penal.

Sem falsa modéstia, muito antes de todo o debate que se instaurou a respeito do assunto, ainda Promotor de Justiça da Comarca de Primavera, ofereci Denúncia por crime de lesão

corporal grave art. 129, parágrafos 1º e 2º do Código Penal, contra um elemento que, em um dos dias de carnaval, embriagado e dirigindo um Jeep, observando uma pequena troça carnavalesca, e tendo esta se demorado a transitar na via de acesso, resolveu por colocar seu veículo por cima dos foliões, causando lesões corporais em três pessoas.

Apesar do recebimento da Denúncia, creio que sem observar bem a capitulação, o Juiz de Direito da Comarca, quando do julgamento, desclassificou o delito para lesão culposa – art. 129, parágrafo 6º do CP -. Já não era mais Promotor de Justiça da Comarca, não sei qual o resultado, se o Ministério Público recorreu ou não. Mais recentemente, quando de um sinistro de trânsito em uma cidade mineira, praticado por um dos milhares de pagodeiros descartáveis e sazonais do nosso imenso país, de novo a discussão voltou a cena quando o Promotor de Justiça da causa entendeu ou entendia por oferecer a Denúncia por crime doloso. Ao que parece, e pelo que dito no noticiário, o colega ainda luta para ver seu entendimento acatado.

Volto a discorrer acerca da tênue e imaginária linha que distingue a culpa consciente do dolo eventual, sendo de sabença geral que, naquela o agente não quer o resultado, não assume o risco de sua produção, nem mesmo lhe é tolerável ou indiferente. Apesar da previsibilidade do resultado, o agente não confia na sua produção, enquanto que no Dolo indireto ou eventual, muito embora o agente não deseje o resultado, tolera, todavia, a produção do mesmo, assumindo o risco. O evento lhe é indiferente, tanto faz que ocorra ou não – nesse temos a vontade, enquanto na culpa não se observa a vontade -.

Tínhamos até pouco tempo, “os crimes de automóveis “ sempre enquadrados na modalidade culposa do homicídio e das lesões corporais, o que implicava em penas brandas dítadas pelo Código Penal. A Lei de Trânsito retirou os crimes de automóveis da vala comum do CP, dando-lhes uma roupagem própria. Caminhou lentamente no Senado Federal, emenda que tornava “os crimes de Direção perigosa “ como delitos vinculados ao dolo, não comportando a modalidade culposa ou a tentativa. Ainda temos muitos debates, e devem ocorrer muitos e vários embates a respeito do tema, porém o fato é que já se cogita de uma mudança na lei, para tratar os crimes de direção perigosa – os crimes de automóveis -, como crimes dolosos contra a vida.

Por enquanto, e principalmente para aqueles que abraçam o entendimento de que, mesmo nos crimes de direção perigosa, quando muito ocorre a culpa consciente (assume o risco, confiando sinceramente que o resultado danoso não ocorreria), ainda não se firmou o bom combate no congresso, e as vitórias tem sido mais para os lados do entendimento mais ameno; cuido de que, a conjugação da consciência e da vontade representa o cerne do dolo, e esses dois momentos definidores não são estranhos ao dolo eventual. Os adeptos da teoria do consentimento, reacionários a teoria da previsibilidade, afirmam que não é exatamente o nível de probabilidades atingido que pode detectar o dolo eventual.

Por fim, contrariamente aos abraçadores da teoria do puro consentimento, entendo que as questões devem ser analisadas caso a caso, louvando-se sobretudo na valoração probatória para, com minuciosa apreciação, entender-se que a existência do dolo eventual nos chamados crimes de direção perigosa é visível e passiva de reprimenda penal vinculada aos crimes dolosos. Para finalizar a parte da exposição e justificativa, e reafirmando o posicionamento de que os crimes de direção perigosa, especificamente o homicídio na direção de veículo automotor, deve ser levado a júri popular, ressalto que bem recentemente, por recurso do Ministério Público Mineiro, o Superior Tribunal de Justiça entendeu de remeter o médico Ademar Pessoa Cardoso e o Empresário Ismael Keller Loth a julgamento pelo tribunal popular do júri, pelo crime que

cometeram em Mar da Espanha, pequena cidade mineira, quando apostaram R\$ 2.000,00 (dois mil reais), e fizeram um “ pega “ do centro de Mar da Espanha até a vizinha cidade de Bicas/MG., utilizando-se de um Tempira e de uma Blazer – respectivamente, do que resultou em uma grave colisão em um fusca que ternamente trafegava pelas ruas de Mar de Espanha, resultando na morte de um casal, suas duas crianças, e a avó paterna - Tema de reportagem da Revista Isto É, edição de 05/05/2001-. Bem, já temos posições aliadas a evidência de que nos crimes de direção perigosa, é possível se observar o dolo eventual. O decisório favorável, laborando pela corrente de que em algumas ocasiões se verifica o crime doloso e nunca a modalidade culposa, é por demais importante.

III - Conclusão

Assim, a tese é no sentido de que, verificada com cuidado e esmerado zelo as circunstâncias do fato e a prova produzida na investigação preliminar, que o Crime de homicídio por prática de Direção Perigosa, nas modalidades previstas no Código de Trânsito brasileiro, se apresenta com as peculiaridades e características do dolo eventual, que seja então objeto de Denúncia com a tipificação da modalidade dolosa e não culposa, remetendo-se o feito para julgamento pelo Tribunal do Júri por infração definida no art. 121 (e/ou parágrafo 2º e seus incisos do CP). Ainda cabe frisar, que ocorrendo a Denúncia por homicídio doloso, nada impede que, por força das provas trazidas durante o sumário e a instrução do feito, seja desclassificada a tipificação da peça exordial, ou mesmo requerida a absolvição do acusado, o que em momento algum foge a norma geral para qualquer caso da esfera criminal.

Penso mesmo que, com a decisão do Superior Tribunal de Justiça em caso assemelhado, poder-se-ia dizer que estaremos diante de um novo debate a respeito do tema, e possivelmente teremos não só a jurisprudência e a doutrina amparando tal posicionamento, mas a própria lei vigente.

TESE 36

A ADOÇÃO DE MECANISMOS QUE LIMITEM AS CISÕES DOS JULGAMENTOS REALIZADOS NO PLENÁRIO DO TRIBUNAL DO JÚRI

Delmar Pacheco da Luz
Procurador da Justiça - RS

I - Justificativa

O art. 461 do Código de Processo Penal regra a cisão dos julgamentos no Plenário do Tribunal do Júri ao estabelecer: *“Se os réus forem dois ou mais, poderão incumbir das recusas um só defensor, não convindo nisto e se não coincidirem as recusas, dar-se-á a separação dos julgamentos, prosseguindo-se somente no do réu que houver aceito o jurado, salvo se este, recusado por um réu e aceito por outro, for também recusado pela acusação.”*

De acordo com este dispositivo, sempre que tivermos dois ou mais réus, com defensores distintos, estes terão condições de promover a cisão dos julgamentos em Plenário.

É verdade que há aqui uma divergência na interpretação desta parte do dispositivo, sendo de se destacar que autores como ADRIANO MARREY e outros afirmam que, sendo dois ou mais os acusados, se um único defensor for incumbido das recusas terá direito a apenas três recusações, sob o argumento de que “estará funcionando com mandato de todos, para essa finalidade” (Teoria e Prática do Júri, 2.000, p. 330).

De certa forma paradoxalmente, no entanto, quando for único o defensor dos dois ou mais réus, admitem que este possa manifestar recusa de jurado para um dos réus e aceitação para outro, provocando igualmente a separação dos julgamentos:

“Pode ocorrer a hipótese de ser um só defensor de todos os réus. Se aceitar o jurado para o julgamento de um deles e o recusar para o julgamento de outro co-réu, a consequência será idêntica, ou seja, a cisão do julgamento, a fim de

porque gasta uma de suas recusas imotivadas para cada providência no sentido de neutralizar a separação, embora se conte também para a defesa a recusa manifestada. Ora, sendo dois ou mais réus, terão seis ou mais recusas (de acordo com o número de acusados), o que, na prática, torna impossível o julgamento conjunto, eis que a acusação tem em qualquer caso apenas três recusas.

Cumpra sublinhar, no entanto, que a acusação poderá escolher qual dos réus quer levar a julgamento primeiro, eis que, manifestando-se por último, basta acompanhar a manifestação do acusado que deseja ver julgado em primeiro lugar.

Autores nacionais e estrangeiros destacam como fundamento democrático da instituição do Tribunal do Júri a faculdade da recusa imotivada ou reemptória:

MITERMAYER, o jurista alemão do clássico *Prova em Matéria Criminal*, é o primeiro deles, ao afirmar que “a recusação é da essência do Júri porque assegura aos acusados o favor de não serem julgados por quem eles sabem ou suspeitam que os prejudicaria.” (Apud Edilson Bonfim, *Júri: do Inquérito ao Plenário*, 1994, p. 142).

Na mesma linha o processualista francês FAUSTIN HÉLIE:

“As recusações são da essência do Júri, e pode-se dizer que esta instituição é forte ou débil, tutelar ou perigosa, conforme a maior ou menor extensão das recusas. Não basta que os jurados sejam indicados pela sorte; é necessário que sejam aceitos como juízes pela acusação e defesa, e que ambas as partes os reputem dignos da magistratura temporária, de que se revestem. É isso que constitui o poder do Júri, e o que adquire a confiança das partes, e o sentimento de sua imparcialidade. Só quando livremente aceito como soberano árbitro, é que o Júri torna-se como que órgão da consciência social e as suas decisões podem ser consideradas como a expressão da verdade... o direito da recusação é complemento da instituição do Júri, seu acessório indispensável, seu princípio de vida.” (Apud Edilson Bonfim, *ob. cit.*, p. 143).

A composição do Conselho de Sentença, como sabido, é feita por meio da sorte, ou seja, através de sorteio serão escolhidos os VINTE E UM jurados que comporão o Tribunal do Júri dentre os integrantes da lista geral, e, depois, novamente através de sorteio, serão determinados os SETE componentes do Conselho de Sentença.

Essa indicação por sorteio tem como objetivo primeiro garantir a imparcialidade dos julgadores e é da essência do tribunal popular em todos os países que o adotam.

Não é, porém, a sorte o único fator a determinar a composição do Conselho, uma vez que embora o sorteio aponte um determinado cidadão, as partes, através da recusa imotivada, nos estritos limites da lei, poderão afastá-lo.

O jurado tem que ser reputado digno da investidura pelas partes, merecer-lhes a confiança, ser livremente aceito por elas, eis que será o árbitro da renovabilidade ou não da

cometeram em Mar da Espanha, pequena cidade mineira, quando apostaram R\$ 2.000,00 (dois mil reais), e fizeram um “ pega “ do centro de Mar da Espanha até a vizinha cidade de Bicas/MG., utilizando-se de um Tempira e de uma Blazer – respectivamente, do que resultou em uma grave colisão em um fusca que ternamente trafegava pelas ruas de Mar de Espanha, resultando na morte de um casal, suas duas crianças, e a avó paterna - Tema de reportagem da Revista Isto É, edição de 05/05/2001-. Bem, já temos posições aliadas a evidência de que nos crimes de direção perigosa, é possível se observar o dolo eventual. O decisório favorável, laborando pela corrente de que em algumas ocasiões se verifica o crime doloso e nunca a modalidade culposa, é por demais importante.

III - Conclusão

Assim, a tese é no sentido de que, verificada com cuidado e esmerado zelo as circunstâncias do fato e a prova produzida na investigação preliminar, que o Crime de homicídio por prática de Direção Perigosa, nas modalidades previstas no Código de Trânsito brasileiro, se apresenta com as peculiaridades e características do dolo eventual, que seja então objeto de Denúncia com a tipificação da modalidade dolosa e não culposa, remetendo-se o feito para julgamento pelo Tribunal do Júri por infração definida no art. 121 (e/ou parágrafo 2º e seus incisos do CP). Ainda cabe frisar, que ocorrendo a Denúncia por homicídio doloso, nada impede que, por força das provas trazidas durante o sumário e a instrução do feito, seja desclassificada a tipificação da peça exordial, ou mesmo requerida a absolvição do acusado, o que em momento algum foge a norma geral para qualquer caso da esfera criminal.

Penso mesmo que, com a decisão do Superior Tribunal de Justiça em caso assemelhado, poder-se-ia dizer que estaremos diante de um novo debate a respeito do tema, e possivelmente teremos não só a jurisprudência e a doutrina amparando tal posicionamento, mas a própria lei vigente.

TESE 36

A ADOÇÃO DE MECANISMOS QUE LIMITEM AS CISÕES DOS JULGAMENTOS REALIZADOS NO PLENÁRIO DO TRIBUNAL DO JÚRI

Delmar Pacheco da Luz
Procurador da Justiça - RS

I - Justificativa

O art. 461 do Código de Processo Penal regra a cisão dos julgamentos no Plenário do Tribunal do Júri ao estabelecer: *“Se os réus forem dois ou mais, poderão incumbir das recusas um só defensor, não convindo nisto e se não coincidirem as recusas, dar-se-á a separação dos julgamentos, prosseguindo-se somente no do réu que houver aceito o jurado, salvo se este, recusado por um réu e aceito por outro, for também recusado pela acusação.”*

De acordo com este dispositivo, sempre que tivermos dois ou mais réus, com defensores distintos, estes terão condições de promover a cisão dos julgamentos em Plenário.

É verdade que há aqui uma divergência na interpretação desta parte do dispositivo, sendo de se destacar que autores como ADRIANO MARREY e outros afirmam que, sendo dois ou mais os acusados, se um único defensor for incumbido das recusas terá direito a apenas três recusações, sob o argumento de que “estará funcionando com mandato de todos, para essa finalidade” (Teoria e Prática do Júri, 2.000, p. 330).

De certa forma paradoxalmente, no entanto, quando for único o defensor dos dois ou mais réus, admitem que este possa manifestar recusa de jurado para um dos réus e aceitação para outro, provocando igualmente a separação dos julgamentos:

“Pode ocorrer a hipótese de ser um só defensor de todos os réus. Se aceitar o jurado para o julgamento de um deles e o recusar para o julgamento de outro co-réu, a consequência será idêntica, ou seja, a cisão do julgamento, a fim de que esse jurado recusado não participe do julgamento do acusado que o recusou.” (idem).

É claro que não se desconhece o argumento de que a recusa possa estar ligada a fatos que digam respeito a apenas um dos acusados, e este, portanto, tem razões para a recusação, enquanto é possível que o mesmo não ocorra em relação a outro réu.

É importante destacar que a acusação não tem hoje como impedir essa cisão, até

porque gasta uma de suas recusas imotivadas para cada providência no sentido de neutralizar a separação, embora se conte também para a defesa a recusa manifestada. Ora, sendo dois ou mais réus, terão seis ou mais recusas (de acordo com o número de acusados), o que, na prática, torna impossível o julgamento conjunto, eis que a acusação tem em qualquer caso apenas três recusas.

Cumpra sublinhar, no entanto, que a acusação poderá escolher qual dos réus quer levar a julgamento primeiro, eis que, manifestando-se por último, basta acompanhar a manifestação do acusado que deseja ver julgado em primeiro lugar.

Autores nacionais e estrangeiros destacam como fundamento democrático da instituição do Tribunal do Júri a faculdade da recusa imotivada ou peremptória:

MITERMAYER, o jurista alemão do clássico Prova em Matéria Criminal, é o primeiro deles, ao afirmar que “a recusação é da essência do Júri porque assegura aos acusados o favor de não serem julgados por quem eles sabem ou suspeitam que os prejudicaria.” (Apud Edilson Bonfim, Júri: do Inquérito ao Plenário, 1994, p. 142).

Na mesma linha o processualista francês FAUSTIN HÉLIE:

“As recusações são da essência do Júri, e pode-se dizer que esta instituição é forte ou débil, tutelar ou perigosa, conforme a maior ou menor extensão das recusas. Não basta que os jurados sejam indicados pela sorte; é necessário que sejam aceitos como juízes pela acusação e defesa, e que ambas as partes os reputem dignos da magistratura temporária, de que se revestem. É isso que constitui o poder do Júri, e o que adquire a confiança das partes, e o sentimento de sua imparcialidade. Só quando livremente aceito como soberano árbitro, é que o Júri torna-se como que órgão da consciência social e as suas decisões podem ser consideradas como a expressão da verdade... o direito da recusação é complemento da instituição do Júri, seu acessório indispensável, seu princípio de vida.” (Apud Edilson Bonfim, ob. cit., p. 143).

A composição do Conselho de Sentença, como sabido, é feita por meio da sorte, ou seja, através de sorteio serão escolhidos os VINTE E UM jurados que comporão o Tribunal do Júri dentre os integrantes da lista geral, e, depois, novamente através de sorteio, serão determinados os SETE componentes do Conselho de Sentença.

Essa indicação por sorteio tem como objetivo primeiro garantir a imparcialidade dos julgadores e é da essência do tribunal popular em todos os países que o adotam.

Não é, porém, a sorte o único fator a determinar a composição do Conselho, uma vez que embora o sorteio aponte um determinado cidadão, as partes, através da recusa imotivada, nos estritos limites da lei, poderão afastá-lo.

O jurado tem que ser reputado digno da investidura pelas partes, merecer-lhes a confiança, ser livremente aceito por elas, eis que será o árbitro da reprovabilidade ou não da conduta do acusado.

Na literatura nacional, PIMENTA BUENO dá as razões determinantes da recusação imotivada:

“Com razão estabeleceu a lei a valiosa garantia das recusações peremptórias. Pode haver ódios, antipatias, fundadas ou nascidas somente de prevenções,

preconceitos que não se podem explicar ou menos provar, e que, entretanto, exerçam influências e impressões incômodas e aflitivas sobre o espírito do acusado ou acusador. Pode haver motivos ocultos que não se possam nem ao menos expressar, porque ofendam conveniências públicas ou graves interesses...” (Apud Bonfim, ob. cit., p. 143).

GUILHERME DE SOUZA NUCCI chama a atenção para um outro aspecto do julgamento popular, que também recomenda a existência das recusas imotivadas, destacando-a como providência relacionada à garantia constitucional da plenitude da defesa: “Tivemos oportunidade de ressaltar, em obra anterior, que a maioria da doutrina considera essencial à instituição do júri a recusa peremptória, porque condiz com a garantia da plenitude da defesa, embora não seja correto usar tal faculdade indiscriminadamente, porque o jurado, que é leigo, pode não entender o motivo que levou à sua recusa, magoando-o de modo gratuito.” (ob. cit., p. 149).

Em defesa de seu ponto de vista, o autor antes citado sublinha: “Tanto a recusa de jurados é um processo vinculado à plenitude de defesa que, no Reino Unido, somente a defesa podia oferecer as chamadas ‘recusas imotivadas’ (*challenge without case*), em número máximo de três. A acusação só podia fazê-lo motivadamente.” (ob. cit., p. 150).

Um tribunal democrático não pode prescindir da confiança total das partes, de tal modo que a elas é dado, pela faculdade das recusas, a oportunidade de escolher o próprio julgador, em um instituto sem similar no sistema judiciário brasileiro.

Essa faculdade é levada tão a rigor pelo legislador que o citado art. 461 do Código de Processo Penal assegura a separação dos julgamentos quando, sendo dois ou mais réus, um deles recusar o jurado aceito pelo outro, salvo a hipótese de a acusação neutralizar essa separação, ela também recusando o jurado.

Não se pode, por isso, pretender afastar o instituto da recusa imotivada, que é da essência do julgamento popular.

Uma regra, portanto, que queira limitar a cisão dos julgamentos não poderá passar por restrição à recusa imotivada.

No projeto de Reforma do Código de Processo Penal ora em tramitação no Congresso Nacional, concebeu-se um interessante mecanismo para solucionar o problema e, sem violentar o princípio, criar mecanismo que limite a cisão dos julgamentos.

A proposta passa, em primeiro lugar, pelo aumento do número de jurados sorteados para cada reunião, que passarão de VINTE E UM para VINTE E CINCO; depois, pelo aumento do número mínimo para instalação da sessão que é elevado para DEZENOVE jurados. As regras para o sorteio dos SETE que comporão o Conselho de Sentença estão estabelecidas nos seguintes dispositivos:

“Art. 468. À medida em que as cédulas forem sendo retiradas da urna, o juiz presidente as lerá, e a defesa e, depois dela o Ministério Público, poderão recusar os jurados sorteados, até três cada parte, sem motivar a recusa.”

“Art. 469. Se forem dois ou mais os acusados, poderão as recusas ser feitas por um só defensor.”

“Parágrafo 1º A separação dos julgamentos somente ocorrerá se por duas sessões consecutivas, em razão das recusas, não for possível compor o Conselho de Sentença.”

“Parágrafo 2º Determinada a separação dos julgamentos, será julgado em primeiro lugar o acusado a quem foi atribuída a autoria do fato.”

Na exposição de motivos vem explicitado o objetivo das alterações:

“O anteprojeto adota o princípio da unicidade dos julgamentos, dificultando a possibilidade de separação quando haja mais de um acusado. A só recusa de jurado, quando não haja coincidência nas recusas entre acusação e defesa, não será mais causa de desmembramento. Este se dará apenas se por duas sessões consecutivas, em razão dessas recusas não for possível compor o Conselho de Sentença. Preocupou-se a Comissão, ainda, em que, determinada a separação dos julgamentos, seja julgado em primeiro lugar o acusado a quem foi atribuída a autoria do fato, por razões óbvias, evitando, assim, decisões conflitantes.”

Embora a idéia seja muito interessante, quer nos parecer que a regulamentação não tenha sido a mais feliz.

Em primeiro lugar, não há qualquer razão para só se determinar a cisão após a segunda tentativa frustrada de julgamento conjunto. Isso pode ser feito imediatamente, na primeira sessão, uma vez verificado o ‘estouro’ da urna pelas recusas das partes. Observe-se que, pelo novo sistema, o jurado recusado por uma das defesas já está fora do Conselho de Sentença, sequer se consultando a acusação. Essa é uma decorrência lógica das novas regras propostas, como se observa da própria exposição de motivos.

Não há, porém, argumentos consistentes para estabelecer-se que a separação dos julgamentos só se dê após a segunda tentativa de realizá-lo conjuntamente, até porque a primeira frustração do julgamento único já deixa claro que as defesas pretendem promover a cisão, o que, como se viu, não pode ser impedido pela acusação. Assim, não há razão para se fazer uma nova tentativa, que certamente não terá melhor sorte.

Durante a sessão frustrada pelo ‘estouro’ da urna, o Ministério Público deverá, imediatamente declinar, para constar da ata, a ordem que pretende ver julgados os réus, reunindo-os em grupos de, no máximo, três.

O critério de determinação da ordem dos julgamentos utilizados pelo Projeto (estabelecendo que seja julgado primeiro o réu a quem for atribuída a autoria do fato) não resolve diversos problemas como, por exemplo, na hipótese de todos serem acusados como co-autores do delito ou dos delitos.

Relembre-se que hoje já é o Ministério Público que escolhe a ordem em que os réus são levados a julgamento, com o mecanismo singelo de acompanhar a manifestação do defensor desse réu: pela aceitação ou recusa do jurado.

Esse mecanismo não prejudicaria os réus, que disporiam de uma hora para a defesa de cada um, no número máximo de três acusados por sessão, mesmo tempo que se asseguraria ao Ministério Público para produzir a acusação em relação a cada um.

Além do mais, e quem atua no plenário do Júri sabe o quanto isso é importante, as partes saberiam quando o julgamento de cada réu seria realizado, a partir da determinação das datas para os julgamentos posteriores. Hoje os defensores são obrigados, muitas vezes, a preparar o julgamento em várias ocasiões já que não podem ser surpreendidos pela manifestação do

Promotor em plenário, que pode escolher qualquer um dos réus para levar a julgamento.

Também do ponto de vista da operacionalização dos julgamentos, este critério só traria vantagens, na medida em que seriam convocadas apenas as testemunhas arroladas pela acusação e pelas defesas dos réus que seriam efetivamente julgados.

A alteração das regras vigentes contribuiria para superar as imensas dificuldades hoje enfrentadas no julgamento de delitos com autoria ou participação que chega a mais de uma dezena de acusados ou, até mesmo, a mais de uma centena deles.

Conclusão: A reforma do Código de Processo Penal deve contemplar a adoção de mecanismos que limitem as sessões dos julgamentos realizados no plenário do Tribunal do Júri.

TESE 37

A PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO TRIBUNAL DO JÚRI

David Medina da Silva
Promotor de Justiça - RS

SÍNTESE DA TESE: Presença de Crianças e Adolescentes em julgamento pelo Tribunal do Júri. Constrangimento e vexame vedados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Dever protetivo imposto ao Promotor de Justiça.

I - Justificativa

I.1 - Do princípio da proteção integral

JASON ALBERGARIA assinala que “o artigo 227 da atual Constituição resume os direitos da criança e do adolescente, previstos na Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pelo Decreto nº 99.710, de 21/11/90” (*in DIREITO DO MENOR, AIDE, 1995, p. 21*). O texto constitucional mencionado estatui:

Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Tal dispositivo foi ampla e minuciosamente ratificado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90, o qual dispõe o seguinte:

Art. 3º - A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º - É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos

referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Art. 5º - Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Consagrado, assim, o *princípio da proteção integral*, incorporando à ordem jurídica brasileira a idéia de Jean Chasal: “*L’efant est sujet et non objet*”.

Corolário direto do princípio em tela, emerge o direito inarredável ao respeito, cuja afirmação dogmática assenta-se nos artigos 17 e 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*:

Art. 17 - O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Art. 18 - É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

I.2 - Da presença de crianças e adolescentes nas sessões de julgamento pelo Júri

Verificada a presença de crianças e adolescentes no Tribunal do Júri, especialmente filhos de acusados, assistindo aos julgamentos, conclui-se que a prática erige-se, não raro, em estratégia defensiva destinada a constranger os integrantes do Conselho de Sentença, impondo-lhes cruel alternativa: optar entre o juízo conforme o direito – que os compele a não cancelar a impunidade – e o juízo conforme a sensibilidade – que os compele a não deixar inocentes ao desamparo. Sabe-se que os filhos dos réus, ainda que não queiram, cumprem papel especial nos julgamentos, que é o de influenciar os veredictos de modo eloqüentemente silencioso, quando não retumbante, pelo argumento imbatível do choro inocente e destruidor, arquétipo das espúrias práticas do *indevido processo legal*.

Não há dúvida sobre a pública exposição que sofrem aqueles que são apontados pelos oradores como filhos do acusado, submetendo-se ao vexame e ao constrangimento decorrente dessa condição. Ora, se a voz corrente da doutrina liberal é uníssona a sustentar que a posição de réu é estigmatizante, revela-se indiscutível que o mesmo estigma recai sobre seus filhos, ali submetidos à curiosidade pública.

Constrangidos, crianças e adolescentes estão onde não deveriam estar, pondo-se a serviço da impunidade. Envoltos inapelavelmente na trama do processo, escutam o desenlace jurídico protagonizado por quem acusa e defende, fazendo-o sem a necessária consistência psíquica, restando impedidos de organizar representações coerentes e verdadeiras sobre o conteúdo dos debates. Falta-lhes maturidade, porquanto são pessoas em desenvolvimento por definição legal.

Escancara-se a ilegalidade, pois a situação fere de morte o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente no que diz com o direito ao respeito previsto nos artigos 17 e 18.

Com efeito, o caráter especial do Estatuto da Criança e do Adolescente impõe-se às disposições do Código de Processo Penal, derogando o princípio da publicidade dos atos processuais (art. 792) e outros comandos normativos genéricos, especialmente quando emanados de fontes estaduais, como ocorre, v.g., com o Código de Organização Judiciária do Rio Grande do Sul, cujo artigo 173 estabelece que *nenhum menor de 18 (dezoito) anos poderá assistir à audiência ou sessão de Juiz ou Tribunal sem permissão do magistrado que a presidir*. Evidente, pois, que a permissão jamais poderá ser concedida quando implicar violação à lei federal específica.

Por razões óbvias, o raciocínio estende-se aos filhos das vítimas de crimes dolosos contra a vida.

I.3 - Da função do Ministério Público

Configurada a situação vexatória e constrangedora, *é dever de todos* rechaçá-la, nos termos dos dispositivos citados da Lei nº 8.069/90. E, dentre esses *todos* a que se refere a lei, avulta o dever do Promotor de Justiça que presenciar o ato, embora sem específica atribuição tutelar, porque titular da missão genérica de defesa da ordem jurídica e dos interesses individuais indisponíveis, atribuída constitucionalmente ao Ministério Público (CF, art. 129).

Ao Promotor de Justiça cumpre, diante da presença de crianças e adolescentes na sessão de julgamento, desde que malferida a *proteção integral*, adotar medidas destinadas a conjurar a ilegalidade, requerendo, protestando, recorrendo e, *in extremis*, abandonando a sessão, motivadamente, com registro em ata.

II - Conclusão

A presença de crianças e adolescentes, filhos de acusados e de vítimas, em sessões de julgamento pelo Tribunal do Júri, constitui tratamento vexatório e constrangedor, configurando ilegalidade a ser combatida pelo Promotor de Justiça que presenciar o ato, cabendo-lhe adotar as medidas cabíveis e, *in extremis*, abandonar a sessão, motivadamente, com registro em ata.

TESE 38

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO USO DE ENTORPECENTES

João Gaspar Rodrigues*

Promotor de Justiça - AM

Sumário: I - Introdução. II - Tipo formal e tipo material. III- O porte de pequena quantidade de droga e o princípio da insignificância. IV- Conclusão.

I - Introdução

A noção de tipo, como pura descrição objetiva, desprovida de valoração, deve-se a Beling (*Die Lehre von Verbrechen*, 1906). A dogmática alemã a partir de Beling criou um sistema tripartido na análise da infração penal: fato, ilicitude e culpabilidade. Neste sistema o fato foi considerado numa perspectiva meramente naturalística, causal; a ilicitude acresce, sobrepôs-se ao fato material, aceitando-se a plena separação do fato da sua valoração. E a ambas se ajunta a culpabilidade. O completo isolamento de cada um destes elementos relativamente aos demais foi levado às extremas conseqüências.

Beling ao criar a teoria da tipicidade engendrou o fato típico como apenas o fato exterior, objetivo, independentemente da sua valoração. O fato objetivo enquanto formalmente descrito pela lei incriminadora seria um fato típico e a tipicidade, então, a conformidade de um fato exterior à descrição legal que forma o tipo legal de crime como fato exterior.

À época, representou um avanço enorme para a dogmática penal. Atualmente, com a evolução da concepção inicial, passou-se a exigir uma concepção material que vê no tipo uma dupla ordem de valoração. A primeira consiste no juízo de desvalor ético-social que está na origem da própria elaboração do tipo. A segunda está na carga valorativa contida no tipo, que permite a este último desempenhar importante função seletiva sobre as mais variadas formas de comportamento humano, com isso estabelecendo a grande linha divisória entre o que é permitido e o que não o é, na esfera do direito penal¹.

*Autor dos livros "O Ministério Público e um novo Modelo de Estado" e "Tóxicos: abordagem crítica da Lei n. 6.368/76)
1. Cf. Assis Toledo, "Princípios...", p. 127.

II - Tipo formal e tipo material

O tipo de Beling tinha uma significação puramente formal, era meramente seletivo, não possibilitando um juízo de valor sobre a conduta que apresentasse seus elementos. O tipo material, que se quer atualmente, prega que o comportamento, para ser crime, precisa ser típico, ajustando-se perfeitamente ao tipo legal. Mas além disso, para se falar efetivamente em tipicidade (subsunção), a conduta precisa ser, a um só tempo, materialmente lesiva a bens jurídicos ou ética e socialmente reprovável.

Nenhum tipo penal é instituído pela lei para existir por si mesmo, sem um sentido finalístico definido. A criação de tipos em direito penal é determinada pelo princípio da imprescindibilidade da existência do tipo incriminador como meio de proteger certos bens jurídicos essenciais. Tarefa em que está empenhado todo o ordenamento jurídico. Nesse ponto vislumbra-se o caráter subsidiário do direito penal: onde a proteção de outros ramos do direito possa estar ausente, falhar ou revelar-se insuficiente e sendo a lesão do bem jurídico tutelado de certa gravidade, aí estende-se o manto protetor penal, como última instância formal de controle. A legitimidade do Direito Penal só se manifesta quando ele é aplicado como a *ultima ratio*. Nada mais além disso (*nec plus ultra*).

Rescende vivamente, portanto, o caráter limitado do direito penal, sob duas perspectivas: 1- a subsidiariedade de sua proteção a bens jurídicos; 2- a sua intervenção condicionada à gravidade ou importância da lesão, real ou potencial. Desse modo, certas ações, que causem danos desprezíveis, mesmo potencialmente, ao bem jurídico tutelado, devem considerar-se desde logo, em uma concepção material do tipo, não abrangidas pelo tipo legal de crime².

Os efeitos decorrentes do reconhecimento do tipo material são evidentes no que diz respeito ao juízo de atipicidade, como anota Assis Toledo: “Se considerarmos o tipo não como simples modelo orientador, ou diretivo, mas como portador de sentido, ou seja, como expressão de danosidade social e de periculosidade social da conduta descrita, ampliar-se-á consideravelmente esse poder de decisão a nível do juízo de atipicidade, fato que conduz a efeitos práticos tão evidentes que quase não precisariam ser demonstrados. Não será demasiado, contudo, salientar que, se o fenômeno da subsunção (sotoposição de uma conduta real a um tipo legal) estiver subordinado a uma concepção material do tipo, não bastará, para afirmação da tipicidade, a mera possibilidade de justaposição, ou de coincidência formal, entre o comportamento da vida real e o tipo legal” (ob. cit., p. 130).

Em suma, uma ação será típica se englobar a subsunção formal (tipicidade formal) e for socialmente inadequada (princípio da adequação social) ou afetar bens jurídicos relevantes (princípio da insignificância).

III- O porte de pequena quantidade de droga e o princípio da insignificância

A conduta de portar pequena quantidade de substância entorpecente, embora formalmente se amolde ao tipo penal, não apresenta nenhuma relevância material. Assim,

2. Assis Toledo, “Princípios...”, p. 14.

afasta-se liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado. Enfim, a insignificância da ofensa afasta a tipicidade. O direito penal não se ocupa de bagatelas. *De minimus non curat praetor*.

Por isso não se pode considerar como típica a conduta de portar ínfima quantidade de substância entorpecente sem a indispensável presença do perigo comum, que vem a ser, precisamente, o elemento necessário para que haja a consumação delituosa. O enchimento das condições legais que tipificam o delito não é puramente lógico-formal, mas sim reajustam à situação concreta onde o ínfimo não constitui ofensa penal. Há, inclusive, outras considerações a fazer, como a razoabilidade, o princípio da intervenção mínima do direito penal e da proporcionalidade da pena em relação à gravidade do crime.

O princípio da insignificância foi formulado em 1964 por Claus Roxin, que propôs a interpretação restritiva aos tipos penais com a exclusão da conduta do tipo a partir da insignificante importância das lesões ou danos aos interesses sociais. Reconhecia Roxin que a insignificância não era característica do tipo delitivo mas um auxiliar interpretativo para restringir o teor literal do tipo formal, acomodando-o a condutas socialmente admissíveis pela ínfima lesão aos bens tutelados. Ao lado do princípio da insignificância foi introduzido por Welzel o princípio da adequação social em que a conduta formalmente inserida na descrição do tipo, é materialmente atípica, se se situar entre os comportamentos socialmente permitidos. A ação socialmente adequada está desde o início excluída do tipo, porque se realiza dentro do âmbito de normalidade social. É o velho brocado: *non omne quod licet honestum est* (nem tudo que é legal é honesto); não se pode castigar aquilo que a sociedade considera correto (Mir Puig).

A aplicação do Direito Penal só é legítima quando em sintonia com os hábitos e costumes da sociedade, não podendo aceitar-se como crime, pelo só alvedrio do legislador, aquilo que essencialmente, a sociedade não reconhece como tal.

Ao contrário do princípio da insignificância, em que a conduta é relativamente tolerada por sua escassa gravidade, no princípio da adequação ela recebe total aprovação social. Ex.: a circuncisão na religião judaica; lesão em luta de boxe etc.

Nada impede que o fato penalmente insignificante e, portanto, materialmente atípico, receba tratamento adequado em outras áreas do direito, dentro da natureza fragmentária que apresenta o direito penal.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou proclamando falta de justa causa e determinando trancamento de ação penal em casos de insignificante quantidade de maconha.³ Com efeito, parte da jurisprudência vem entendendo que uma ínfima quantidade de maconha é insuficiente para causar dependência psíquica, não se falando portanto em posse de entorpecente, num claro reconhecimento do crime de bagatela. Em outra decisão, a Suprema Corte declarou o descabimento de ação penal por “dano de pequena valia”, em caso de corte de folhas de palmeira (RTJ 100/157).

O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, através de sua 6.^a Câmara, apreciando caso de quantidade mínima de maconha apreendida em poder do agente (meia “bagana” semiconsumida), decidiu pela absolvição do acusado, sob o argumento de que “segundo

3. STF, RHC 48.484-GB, 2.^a Turma, j. 6.11.1970; HC 43.771-GB, j. 6.3.1967; in: Geraldo Gomes, “Tóxicos – A maconha e sua criminalização ou descriminalização”, RT 694/436.

especialistas em farmacologia, percentagem inferior a 15 mg do princípio ativo da maconha em meia bagana de cigarro semiconsumido, seria imprestável para gerar dependência psíquica. Perante tão ínfima quantidade e conseqüente dúvida sobre sua potencialidade, autoriza-se solução absolutória”.⁴

Também o Superior Tribunal de Justiça, em repetidos julgados, já se manifestou sobre a questão:

“RHC – PENAL – ENTORPECENTE – QUANTIDADE MÍNIMA. Todo crime, além da conduta, tem resultado. No caso, prevenir a saúde, o bem estar físico do paciente para não sofrer dependência física e psíquica, a qual a lei se refere. Tratando-se, no caso concreto, de um cigarro de maconha e não havendo informação de esse comportamento traduzir repetição, seqüência de outros da mesma natureza, e evidente, que a pequena quantidade não é bastante para causar o evento. Se houve a conduta, não houve, entretanto, o resultado relativamente relevante. É importante demonstrar se a substância trazia potencial para afetar o bem juridicamente tutelado” (STJ – RO-HC 7252 – MG – 6ª T. – Rel. Min. Anselmo Santiago – DJU 01.06.1998 – p. 190).

“PENAL – ENTORPECENTE – QUANTIDADE ÍNFIMA – ATIPICIDADE (ART. 16 DA LEI Nº 6.368) – Concede-se a ordem de trancamento da ação penal, em face da ínfima quantidade de “maconha”, em cujo uso foi flagrado o ora paciente, assim configurado o chamado princípio da insignificância” (STJ – RO-HC 7205 – RJ – 5ª T. – Rel. Min. José Dantas – DJU 18.05.1998 – p. 116).

“RECURSO ESPECIAL – PENAL – ENTORPECENTE – QUANTIDADE ÍNFIMA – ATIPICIDADE – O CRIME, ALÉM DA CONDUTA, RECLAMA – RESULTADO – No sentido de provocar dano, ou perigo ao bem jurídico. O tráfico e o uso de entorpecentes são definidos como delito porque acarretam, pelo menos – perigo, para a sociedade, ou ao usuário. A quantidade ínfima, descrita na denúncia, não projeta o perigo reclamado” (STJ – REsp 154840 – PR – 6ª T. – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – DJU 06.04.1998 – p. 175).

“RHC – PENAL – ENTORPECENTE – QUANTIDADE ÍNFIMA – O crime, além da conduta, reclama resultado, ou seja, repercussão do bem juridicamente tutelado, que, por sua vez, sofre dano, ou perigo. Sem esse evento, o comportamento é penalmente irrelevante. No caso dos entorpecentes, a conduta é criminalizada porque repercute na saúde (usuário), ou interesse público (tráfico). Em sendo ínfima a quantidade encontrada (maconha) é, por si só, insuficiente para afetar o objeto jurídico” (STJ – RO-HC 8646 – MG – 6ª T. – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – DJU 06.09.1999 – p. 134).

Algumas decisões pretorianas, embora tendo como pano de fundo o princípio da insignificância, por um receio obscurantista de se amoldar às novas idéias e tendências, fundamentam suas decisões n’outro rumo.

“Em tema de comércio clandestino de entorpecentes, impõe-se a absolvição do acusado, por falta de prova da materialidade do delito, se apreendida a substância indigitada em

4. Médici, “Tóxicos”, p. 156. No mesmo sentido: RJTJSP 102/432, 98/487, 97/491, 95/464, 92/456, 91/444; RT 600/337, 593/308, 596/313-335, 587/320, 583/350, 570/315.

quantidade ínfima, não foi a mesma suscetível de ser pesada e analisada quimicamente, porque inadmissível é sua qualificação como tóxico apenas por mera aparência” (JUTACRIM 48/359).

A corrente jurisprudencial que não reconhece o crime de bagatela, e que vem cada vez mais sendo menos prestigiada, o faz amparada nos argumentos de que “a lei não faz distinção alguma no tocante à quantidade de entorpecentes encontrada em poder do indiciado, razão pela qual o delito pelo uso da respectiva droga pode ser caracterizado, ainda que ínfima a quantidade trazida ou conduzida pelo agente”.⁵

Em verdade, os opositores ao princípio da insignificância no Direito Penal se apegam no argumento de que não se tem elementos objetivos para se definir o que seja insignificante. De nossa parte, entendemos que a insignificância é intuitiva ao ser humano e pode, no caso da ciência penal, ser destilada pelo avançar sério e harmonioso da jurisprudência, sob critérios que existem às mancheias: escassa reprovabilidade, pequena relevância na ofensa ao bem jurídico tutelado, baixa nocividade social da conduta, desnecessidade de aplicação de uma pena (no caso de ser mais gravosa do que o dano provocado pelo ato delituoso), desvalor da ação e do resultado. Estes critérios devem ser analisados em conjunto.

A orientação jurisprudencial e doutrinária que rechaça a aplicação do princípio da insignificância no direito penal, representa uma filiação espúria ao tipo meramente formal (“a lei não faz distinção...”), o que nos devolve à argumentação tecida linhas atrás. A questão está claramente mal colocada.

IV - Conclusão

Diante do exposto, poderá ocorrer uma das seguintes situações:

- 1 - o Ministério Público poderá requerer diretamente o arquivamento do inquérito policial, face à atipicidade material;
- 2 - o juiz poderá não receber a denúncia, rejeitando-a, nos termos do art. 43, I, do CPP (“quando o fato narrado evidentemente não constituir crime”);
- 3 - se recebida a denúncia, a ação penal poderá ser trancada por falta de justa causa.

5. TJMG, 16/3/72, in: J. E. de Carvalho Pacheco, “Tóxicos”, 3.ª ed., p. 95-96. No mesmo sentido: TJSP, RT 676/286.

Índice de Autor

ÍNDICE DE AUTOR

Alexandre Augusto Bezerra PE	105
André Luis Tabosa de Oliveira PE	311
Antonio Milton de Barros SP.	307, 181
Antonio Visconti SP.	255
Áurea Lins Leal DF.	51
Bettina Estanislaú Guedes PE	177
Carlos Eloi Guimarães Magalhães BA	235
Celso Jerônimo de Souza AC	421
Cesar Augusto dos Santos Motta PA	439
César Dario Mariano da Silva SP	401, 211, 353
Cláudio Alberto Gabriel Guimarães MA	65
Cláudio França Magalhães GO	225
Claudio Magalhães França GO	197
Cristiane de Gusmão Medeiros PE	177
Cynthia Maria de Almeida Pierri Rosgrin PR.	337
Danilo Lovisaro do Nascimento AC	111
David Medina da Silva RS	273
Delmar Pacheco da Luz RS	267
Denise Neves Abade SP.	23
Eduardo Coral Viegas RS	325
Felipe Martins de Azevedo SC	525
Fernando Aurvalle Krebs GO.	197
Frederico Augusto de Oliveira Santos	529
Geraldo Batista de Siqueira GO	83, 149, 189, 203, 543
Gilson Borguedulff Medeiros RS.	325
Henrique Barbacena Neto GO	149, 189
Ilona Cristhian de Sá GO	197
Iusara Müller Bevilaqua RS.	39
João Gaspar Rodrigues AM	277, 301
JoãoTeles de Moura Neto GO	197, 225
José Antonio Correa Trevisan GO	417
José Carlos de Oliveira Sampaio SP.	443
José Paulo Calmon Nogueira da Gama ES.	559
Justino da Silva Guimarães MA.	77
Karine Susan Oliveira Gomes GO	165
Kênia Dorneles - GO.	83, 149, 189, 203
Laerte Fernando Levai SP.	369
Leda Hermann SC	55
Leonardo Vilhena PR	409
Luciano Machado de Souza PR	517
Luis Dias Fernandes SP.	359
Luiz Achyllez Petitz Bardou RS.	431, 571

Marcellus de Albuquerque Ugiette PE	389
Marcelo Barbosa de Castro Zenkner ES	559
Marcelo Batlouni Mendroni SP	171
Maria Bernadete Gonçalves Aragão PE	177
Maria Elda Melo Borges DF	283
Maria Helena da Fonte Carvalho PE	159, 551
Marina da Silva Siqueira GO	83, 149, 189, 203, 543
Mário José Correa de Paula SP	451
Mário Luiz Sarrubbo SP	139
Mauro Viveiros MT	215, 231
Miguel Batista de Siqueira Filho TO	83, 149, 203
Miguel L Gnigler SC	525, 47
Mirthes de Almeida Guerra Marques GO	189
Monica Louise de Azevedo PR	491
Mozart Brum Silva GO	203
Nadir de Campos Júnior SP	143
Nilma Maria Naves do Carmo GO	189
Nilson de Oliveira Rodrigues Filho RS	101, 321, 511
Osmar Prudente GO	83
Patrícia Teixeira Guimarães GO	165
Reinaldo Edreira Martins GO	189, 543
Ricardo de Oliveira Silva RS	431, 571
Roberto Antônio de Almeida Costa SP	1
Rodrigo Canellas Dias SP	297, 537
Rodrigo Régnier Chemim Guimarães PR	89
Rosemary Souto Maior de Almeida PE	393, 397
Rubens Rodrigues SP	465, 501
Rudi Rigo Bürkle PR	457
Ruth Duarte GO	165
Ruy Antonio Vieira de Carvalho MA	483
Sarah Siqueira de Miranda GO	83, 149
Silvio José Menezes Tavares PE	551
Simone Disconsi de Sá GO	165
Suzana de Toledo Barros DF	283
Valter Foletto Santin SP	125
Valter Foletto Santin SP	289
Wendell Beethoven Ribeiro Agra RN	521
Wilson Koressawa DF	119, 123

REALIZAÇÃO



AMPPE
Associação dos Ministérios Públicos do Pernambuco
Fundada em 17 de Junho de 1968

ORGANIZAÇÃO



Rua Francisco Alves, 124 - 2º andar - Ilha do Leite
Recife-PE - CEP 50070-490 - Fax: (81) 3421.216
Fones: (81) 3222.6581/3423.5245
promove.eventos@ig.com.br

APOIO



Ministério Público de Pernambuco



PREFEITURA DO
RECIFE



Prefeitura Municipal de Olinda
Secretaria de Planejamento, Transportes e Meio Ambiente

PATROCÍNIO



PETROBRAS