



Justiça vive dilema de garantir direito e combater crime

Este texto sobre Direito Penal faz parte da Retrospectiva 2007, série de artigos em que são analisados os principais fatos e eventos nas diferentes áreas do direito e esferas da Justiça ocorridos no ano que terminou.

Um olhar retrospectivo para o ano 2007 sobre as principais decisões do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, e da maioria dos tribunais inferiores, em matéria penal, revela uma trajetória descontínua, marcada por avanços e retrocessos, no tocante à eficácia do conjunto de direitos e garantias constitucionais do acusado. Em um cenário como este, não é possível determinar, com segurança, uma tendência predominante, seja no sentido de uma jurisprudência mais rigorosa, em conformidade com um Direito Penal de forte característica punitiva, seja na linha oposta, de uma jurisprudência de matiz garantista, no marco de um Direito Penal menos retribucionista e mais humanitário.

Não é difícil demonstrar esta afirmativa, ao pinçarmos alguns poucos casos. O mesmo Supremo Tribunal Federal que, em 2006, no bojo do HC 82.959/SP, decide pela inconstitucionalidade do parágrafo 1º, do artigo 2º, da Lei 8.072/1990 — pronunciamento histórico que representou importante mudança na orientação daquele órgão e no qual predominou o entendimento de que a vedação legal *a priori* da progressão de regime ofende a garantia da individualização da pena — reabre a discussão sobre a execução provisória da sentença penal condenatória, para afirmar essa possibilidade.

É o que ocorreu no dia 11 de setembro de 2007, no julgamento do HC 90.645/PE, relator o ministro Menezes Direito, ocasião na qual se dispôs, sumariamente, vencido o ministro Marco Aurélio, que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação, por ausência de efeito suspensivo dos recursos excepcionais, não viola o princípio da presunção de inocência. O acórdão está fundamentado numa interpretação ampla do artigo 27, parágrafo 2º, da Lei 8.038/1990 e inverte completamente a pergunta que deve representar o núcleo do problema penal em tela, qual seja: “é constitucional a incidência da regra de ausência do efeito suspensivo para os recursos excepcionais em matéria penal?”

Patente a diversidade de critério a orientar cada um dos pronunciamentos judiciais, incompatíveis em sua base político-criminal, impossíveis em face da natureza do argumento jurídico utilizado. Resta, neste passo, aguardar a decisão do Pleno, que, confia-se, colocará uma pá de cal na questão, enterrando, definitivamente, a possibilidade de se executar provisoriamente penas diante do efeito suspensivo dos recursos extremos, por flagrante violação ao princípio da presunção de inocência.

Outro julgamento, na linha de um Direito Penal inserido no contexto do Estado Democrático de Direito, realizado no STF, em 14 de agosto de 2007, foi o que concluiu pela inadmissibilidade do interrogatório por meio de videoconferência,[1] por ofensa ao *due process of law* e às demais cláusulas integrantes deste princípio (HC 88.914/SP, relator o ministro Cezar Peluso). Pode-se conjecturar a propósito daquilo que o voto do ministro Gilmar Mendes deixa entrever no mesmo julgamento: na hipótese da entrada em vigor de lei dispondo sobre esse tipo de interrogatório, a matéria, com certeza, deverá merecer novo exame que, aí sim, irá representar uma tomada de posição mais definitiva por parte do STF.

De qualquer forma, o voto destacado ultrapassa uma abordagem restrita ao aspecto de simples legalidade da medida — existência ou não de lei infraconstitucional que “autorize” o interrogatório *on line* — e alcança as bases constitucionais do devido processo legal afirmado na Constituição da República. É esperar que o Supremo reafirme o paradigma da interpretação da lei sob a lente dos princípios constitucionais.



Em um país como o Brasil — e falando apenas de alguns episódios chocantes deste ano de 2007 — em que uma menina de 15 anos é jogada numa cela com mais de 20 presos e lá permanece por quase um mês sofrendo abusos e violências, inclusive de natureza sexual; em que uma mulher é condenada a dois anos de reclusão pelo furto de um pacote de biscoito e um queijo tipo Minas, ficando presa provisoriamente até quase o cumprimento total da pena; em que um juiz do trabalho adia uma audiência porque o par de sandálias usadas pelo cidadão-reclamante “é incompatível com a dignidade do Judiciário”, é preciso que o Poder Judiciário, sobretudo os Tribunais Superiores, reafirme e ratifique a cada dia, e a todo dia, os direitos humanos e a cidadania, funcionando, na prática, como um guardião da Constituição.

Se o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não assumirem, no cotidiano de suas decisões, o papel corretivo de uma inequívoca tendência furiosa do legislador infraconstitucional de tratar o acusado como não-cidadão, buscando, sob o discurso de lei e ordem, fazer prevalecer o Direito Penal do “pau no lombo”, o casuísmo nas decisões de nossos juízes continuará gerando absurdos como aqueles — que atentam contra os direitos fundamentais e projetam uma imagem catastrófica do país no cenário internacional, como um dos campeões de violação dos direitos humanos.

Por outro lado, emitindo um sinal eloqüente na direção garantista e no cumprimento de seu papel balizador da melhor interpretação da norma federal vigente, o voto-condutor da ministra Maria Thereza de Assis Moura, do STJ, no HC 59.257/RJ (acórdão publicado em 19 de novembro de 2007), revogava decreto de quebra de sigilo fiscal por manifesta violação ao artigo 93, inciso IX, da Constituição da República, afastando a possibilidade da quebra como “único meio de investigação possível”.

A decisão, de relevo ímpar, fez prevalecer a defesa intransigente do direito à intimidade, por não admitir a devassa pessoal, “a investigação da vida dos cidadãos para, a depender da sorte, encontrar-se algum crime”. Fato é que o cenário de 2007, na contramão do que se expressa naquele julgamento do STJ, foi marcado por (grandes) abusos e (grandes) retrocessos no tocante ao direito maior à intimidade e proteção de dados e comunicações, inclusive as comunicações telefônicas.

Por falar nisto, outra questão de relevo, de triste relevo, é dizer, guarda relação com a possibilidade de o Judiciário emprestar, para instância administrativa, “provas” obtidas, em sede de inquérito, por meio de interceptações telefônicas e escutas ambientais, sobressaiu no exame das Questões de Ordem número 1 e número 2 levadas, ao Plenário do STF, pelo relator do inquérito nº 2.424/2006, o ministro Peluso, vencido o ministro Marco Aurélio, diante da solicitação do Conselho Nacional de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça, que estão ou estavam a analisar condutas de magistrados e de servidores investigados em sede administrativa-disciplinar, é precedente perigoso que dá, ao inciso XII do artigo 5 da Constituição Federal, interpretação extensiva. Da leitura dos acórdãos, tem-se a esperança de que o posicionamento venha a ser revertido, porque o tema não foi esgotado e as decisões foram direcionadas para aqueles casos.

Fruto de muitas controvérsias jurisprudenciais, a interceptação telefônica e a escuta ambiental, o STF apreciou, no julgamento de medida liminar no Habeas Corpus 91.207, questão atinente à necessidade de se transcrever integralmente os diálogos interceptados — eis que apenas houve, na denúncia, a inclusão de diálogos pinçados e interpretados por (criativos) tiras-hermeneutas —, desatendendo, por conseguinte, aos preceitos da Lei 9.296/1996, que traz como imperativo a obrigatoriedade das transcrições do conteúdo dos áudios (artigo 6º, parágrafo 1º), o qual deverá ser apensado ao inquérito ou processo e mantido em segredo de Justiça (artigo 8º).

Em votação apertada concederam a cautelar, para o fim de se suspender o curso daquele inquérito até final julgamento do *writ*, os ministros Marco Aurélio (relator, que o fazia integralmente, ou seja, até que as transcrições viessem ter aos autos), Sepúlveda Pertence, Gilmar Mendes e Celso de Mello, tendo os ministros Eros Grau, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandovsky e Ellen Gracie (que proferiu o voto de desempate) indeferido a cautelar almejada. O *writ* pende de julgamento e lança luzes sobre o tratamento político-criminal que nosso ordenamento vem dispensando às “provas” obtidas por intermédio de interceptações telefônicas, tão banalizadas hodiernamente, como todos têm conhecimento.

Neste ano, contudo, algumas matérias de extrema importância não foram enfrentadas pela Corte Constitucional. A interpretação do artigo 129, VIII, do texto maior, não obstante a sua clareza de sol mediterrâneo, como dizia Hungria, fez com que segmentos do Ministério Público, federal e estadual, pretendentes a substituir a Polícia Judiciária, arvorassem seus intentos de modo que a paradigmática questão estava por ser deslindada no exame do recebimento de denúncia oferecida contra ex-deputado federal. O julgamento, suspenso por um pedido de vista do ministro Cezar Peluso, frente a não reeleição do investigado e conseqüente perda do direito ao foro por prerrogativa de função, não ocorreu e o processo retornou a primeira instância.



Com efeito, a discussão sobre os poderes investigatórios do *parquet* em matéria criminal – que se encontrava com três votos (Barbosa, Britto e Grau) a favor da ampliação dos poderes, contra dois votos (Marco Aurélio e Jobim), recomeçou, então, com o exame de *writ* impetrado em favor de cidadão investigado no processo que apura a morte do prefeito Celso Daniel. Após o voto do ministro Marco Aurélio, que a deferia, e do ministro Sepúlveda Pertence, que a denegava (a deferia apenas quanto à prisão preventiva), o julgamento veio a ser suspenso em razão de pedido de vista do ministro Peluso, em 11/6/2007.

Sobre o tema resta, ainda, o julgamento de duas ações diretas de inconstitucionalidade. Uma ajuizada pela OAB (ADI 3.836) e outra pela ADEPOL (ADI 3.806), ambas sob a relatoria do ministro Lewandowski. Espera-se, com ansiedade, que o STF, em 2008, as julgue, já que a temática vem inquietando a comunidade jurídica brasileira de há muito.

Nesta enxurrada de operações policiais pirotécnicas,[2] com nomes estapafúrdios,[3] mas de grande apelo midiático e quase todas coloridas com prisões temporárias, a maioria totalmente desnecessárias, e ordens de busca e apreensão mais desnecessárias ainda, grande parte baseadas, tão-somente, em *grampos* (não se investiga mais; só a parafernália tecnológica usada pela polícia, sem que antes, como manda a lei, se esgotem os meios legais de investigação, vem amparando estas investigações-show), divulgação de provas sigilosas em cadeia nacional, temos assistido, com indesejável frequência, prerrogativas dos advogados serem diuturnamente violadas (por conseguinte, direitos fundamentais dos cidadãos investigados são vilipendiados); advogados, a despeito da CF e do Estatuto da OAB, se vêem impedidos de acessar autos de processos, mesmo com o defendido preso; impedidos de terem conversas reservadas com seus clientes, sofrendo limitação absurda de tempo, de espaço e de meios para tanto; invasões de escritórios em desacordo com a lei; e presos com direito a prisão especial, que deveriam ser recolhidos em Sala de Estado Maior, postos em enxovias etc.

Um sinal dos tempos se traduz pelo despacho proferido pelo ministro Celso de Mello na Extradução 1.085, diante do descumprimento, por delegado de Polícia Federal, de ordem judicial de Sua Excelência emanada e que determinava, em síntese apertada, fosse permitido (não por benesse, como alguns pensam) ao advogado o exercício do seu direito de se entrevistar reservadamente com o seu constituinte. A recalcitrância devia-se ao fato de aquela autoridade policial entender, a despeito da ordem judicial, ser “tratamento diferenciado” o exercício de um direito. Lamentável! Tempos difíceis...

A título de conclusão, a oscilação, no âmbito do STF, do STJ e de tribunais inferiores entre distintos fundamentos de interpretação da lei e sua aplicação no caso concreto — ora prestigiando um direito penal de invidiosa inspiração retribucionista, ora fazendo prevalecer um direito penal garantista — desencoraja qualquer tentativa de definição sobre qual “dois direitos” irá prevalecer — e se consolidar — no ano de 2008.

A opinião pública (melhor, a opinião publicada) aprova soluções “menos garantistas”, por assim dizer, talvez porque, como diz Ronald Dworkin, predomina entre os leigos “o ponto de vista do direito como simples questão de fato e sua conseqüente alegação de que a divergência teórica é apenas política disfarçada” (O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 13).

Certo é que, se a nossa pretensão é construir uma sociedade mais justa e democrática, não se pode deixar de fora o Direito Penal que, na vigência do Estado democrático de direito, não se confunde com as técnicas do “combate entre a lei e o criminoso”, com o Estado Policial. Até o *Capitão Nascimento*, do *Bope*, sabe que no dia-a-dia do sistema penal, no cotidiano da polícia ostensiva, “*não há batalha (p...) nenhuma*”, mas sim “*um massacre sem comiseração*” (Luiz Eduardo Soares et alii. *Elite da Tropa*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2005, p. 18).

Depende da sociedade brasileira e de nossas instituições a mudança da cultura policial para a cultura constitucional; depende, sobretudo dos Tribunais Superiores, assumir a liderança na realização dessa passagem, dessa mudança de paradigma do Direito Penal brasileiro.

Nuvens carregadas no horizonte vêm no sopro dos eventos a se revelar, por aqui e alhures. Comemoramos a passagem de ano com moderação. Muito há de ser feito na defesa intransigente de nosso Estado democrático de direito.



Assim, não brindemos com demasiada euforia este Feliz Ano Velho (que chega, por incrível que possa parecer, com mais de 420.000 pessoas presas; devendo-se anotar, por importante, que cerca de 65% são de presos provisórios e de jovens com idade que varia de 18 a 24 anos), porque o ano de 2008, pelos sinais externados, não será diferente.

Feliz ano velho. Se lutarmos, poderemos ter um feliz ano novo. Do contrário, é consagrar o que, de há muito, o célebre Barão de Itararé pontificou: “de onde não se espera, é de lá que não vem mesmo”...

Seja como for, tim-tim!

[1] Vale, aqui, uma observação: aprovado, no Congresso, a toque de caixa, principalmente após o julgamento referido, projeto de lei que objetiva permitir a inconstitucional audiência por videoconferência, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária deliberou, por unanimidade, fosse o ministro Tarso Genro instado para que, diante das razões esposadas, recomendasse, ao presidente da República, o veto (<http://www.conjur.com.br/static/text/60900,1>). Na sequência, a sociedade civil organizada (IDDD, AJD, IBCCRIM, ICC, ITEC, Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro etc.) de jeito unísono, veio em socorro ao pleito do CNPCP, e o projeto de lei, após firme iniciativa do Ministro da Justiça, retornou ao Congresso Nacional. Espera-se, agora, que Suas Excelências, depois de profundo debate com setores da sociedade civil e do Poder Público, percebam a inconstitucionalidade das audiências por intermédio de videoconferência, tudo com o fito de sepultarem, vez por todas, tão estapafúrdia pretensão.

[2] Conforme nos dá conta Cláudio Tognolli (www.conjur.com.br, acessado em 27/12/2007), “A Polícia Federal deflagrou 186 operações em 2007, contra 178 em 2006. O maior número de presos pela Polícia é de servidores públicos. Ao todos foram 310 servidores presos — atores principais de 54 operações voltadas exclusivamente contra desvios do erário.

(...) De acordo com o levantamento, das 54 operações contra servidores, 36 ocorreram para combater crimes de corrupção. O ano de 2006 continua com o recorde de detenção de funcionários públicos, com 385 casos contra 219 em 2005 e 265 nos anos de 2003 e 2004 juntos.

O balanço divulgado nesta quarta mostra que as ações da Polícia Federal resultaram na prisão de 2.876 pessoas em 2007. Isso representa crescimento de 7,5% em relação ao ano passado, quando 2.673 pessoas foram presas. O número de inquéritos instaurados pela PF somou 71,9 mil.”

[3] <http://noticias.uol.com.br/ultnot/2007/12/28/ult23u868.jhtm>, acessado em 27/12/2007.

Date Created

04/01/2008