

**ASPECTOS PENAIIS EM
SEMINÁRIO
500 ANOS**

Anais

SÉRIE CADERNOS DO CEJ,
VOLUME 18

SUMÁRIO

Apresentação	7
Inquérito policial e peças informativas do crime Rogério Lauria Tucci Edson Vidigal	9
Juizado de instrução. Vantagens e inconvenientes. Exame de alternativas ajustadas à realidade brasileira Ada Pellegrini Grinover Félix Fischer	25
Processo Penal. Julgamento antecipado, nos moldes da Lei n. 8.038/90, art. 6º. Exames de sangue e de DNA Fontes de Alencar Luiz Vicente Cernicchiaro	41
Polícias estaduais e Polícia Federal Francisco de Assis Toledo Luiz Flávio Gomes	53
Investigação criminal. Coleta de provas. Combate à impunidade. Integração das atividades. Eficiência Cláudio Lemos Fonteles René Ariel Dotti	69
Crimes de informática Juarez Tavarez José Henrique Barbosa Moreira Lima Neto	85

APRESENTAÇÃO

O Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal realizou, em 23 e 24 de março de 2000, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, o Seminário *Aspectos Penais em 500 anos* – inquérito policial e investigação criminal, críticas e sugestões para a modernização.

O Seminário abordou o inquérito policial e as peças informativas do crime, o juizado de instrução, a Lei n. 8.038/90, exames de sangue e de DNA, as polícias estaduais, a polícia federal e a corrupção existente nestas corporações, a investigação criminal e o combate à impunidade e, ainda, o crime de informática, englobando o valor legal do documento eletrônico, Lei n. 9.800/99, petições por e-mail e o sigilo de dados de comunicação, temas de grande relevância no âmbito do Direito Penal e Processual Penal nos dias de hoje.

Com o objetivo de trazer a lume aspectos relativos à modernização processual penal, em face dos 500 anos de história brasileira, o Centro de Estudos Judiciários reúne, neste volume 18 da Série Cadernos do CEJ, os textos das conferências proferidas no evento.

INQUÉRITO POLICIAL E PEÇAS INFORMATIVAS DO CRIME

ROGÉRIO LAURIA TUCCI

EDSON VIDIGAL

O assunto objeto desta primeira sessão de trabalhos está na pauta diária da nossa atividade universitária e de assessoria legislativa em comissões formadas no Ministério da Justiça; trabalho que desenvolvemos já há mais de vinte anos. A partir da Lei n. 6.416/77, esse trabalho tem sido feito por um grupo de professores de São Paulo e pelo Prof. René Ariel Dotti, do Paraná, e, nas comissões comandadas, de 1981 a 1983, pelo Ministro Francisco de Assis Toledo. No momento, há uma comissão, nomeada pelo Ministro José Carlos Dias, da qual honrosamente também faço parte; estamos realizando uma revisão setorial do Código de Processo Penal, até porque urge que essa reforma seja efetivada e seria de uma tramitação muito delongada a elaboração de um Projeto de Código de Processo Penal. Na idealização de realizarmos diversos projetos de lei, um que já ganhou uma certa dimensão e está praticamente em momentos finais de sua elaboração – certamente não terminaremos esses trabalhos sem conhecer das conclusões desse conclave e, também, de manifestações individuais ou de associações de classe que nos cheguem ao conhecimento –, em via de conclusão para entrega no início de abril de 2000 ao senhor ministro, é o relativo à investigação policial.

Tentarei idealizar, rapidamente, como estamos imaginando a nova investigação policial.

Num primeiro momento, não podemos desprezar o que consta da Lei

n. 9.099, que cuida dos juzizados especiais criminais e, nesta parte, tem especial atenção às denominadas “infrações de menor potencial ofensivo”. Mantendo essa estruturação dos juzizados especiais, há três espécies de investigação policial a serem consideradas. A primeira delas resulta do denominado “termo circunstanciado”, que já está na lei, e que, com as modificações necessárias presentes nesse anteprojeto, pelo menos na sua denominação e na sua estruturação, procuraríamos manter. A segunda espécie de investigação é a denominada “apuração sumária”. A terceira é o inquérito policial.

Vou tentar explicar como, em nosso entender, funcionaria a atividade. Veja-se bem, temos de colocar nas respectivas atividades cada instituição no seu lugar. Não podemos e nem devemos, até pela Constituição Federal, outorgar atuação investigatória ao Ministério Público, muito menos aos membros do Poder Judiciário. É do art. 144 da Constituição Federal que essa atividade cabe à polícia judiciária com exclusividade, a não ser em certas situações como aquela referida no art. 3º da Lei n. 9.034 – A Lei do Crime Organizado –, que permite, na minha maneira de ver, sem nenhuma ofensa à Constituição Federal, que o próprio juiz, assim como em uma inspeção judicial no cível, faça a colheita da prova a respeito de elementos necessários para a apuração da prática criminosa em organização.

Entendemos que, de acordo com a própria Constituição, o Ministério

Público deve supervisionar o inquérito, não em uma atividade de intromissão, mas em uma atividade de supervisão; então, tiramos completamente o juiz da investigação criminal; ele não mais funciona no procedimento persecutório na sua primeira fase, isto é, na fase da investigação criminal. O juiz só recebe os autos com a denúncia, se for o caso, para recebê-la ou rejeitá-la, na forma de um procedimento que será, também, absolutamente novo, com a defesa feita precedentemente, sem recebimento de denúncia. O juiz só receberá a denúncia se vingar o projeto, depois da defesa efetiva, não a de que o réu seja inocente, mas uma defesa efetiva com tudo que o réu tem, até para que seja possível, se for o caso, uma absolvição sumária, uma extinção de punibilidade, por qualquer dos motivos previstos em lei. E assim por diante.

Ao juiz é dado o poder que ele tem na estrutura do nosso organismo judiciário, o poder de julgar, e não de investigar e de decidir sobre a investigação. Queremos acabar, enfim, com isso, pois estamos cansados de saber que não leva a nada; a autoridade policial não termina o inquérito no prazo, é muito raro que o faça. Encaminha para o juiz, que manda seja ouvido o Ministério Público; este concorda com o prazo e devolve para o juiz, que devolve para a polícia.

No nosso entendimento, em princípio, teríamos a seguinte situação resumidamente:

Em primeiro lugar, há, como sabemos, em qualquer situação de notícia da infração penal à autoridade policial, a efetuação daquilo que denominamos vulgarmente de “B.O. – boletim de ocorrência”.

Não tenho essa estatística, mas acredito que a maior parte dos boletins de ocorrência diga com assuntos penalmente irrelevantes. Por exemplo, o cidadão que foi parte, causou, ou sofreu, em um choque de automóveis, prejuízos materiais, precisa, para receber o seguro, ir à polícia registrar o fato para ter a ocorrência policial, a fim de receber a indenização, o seguro etc. Trata-se de um fato que não é penalmente relevante. Na maioria das vezes, pode até ser, mas, nesse caso, não havendo infração penal a considerar, é lavrado um boletim de ocorrência que fica lá sepultado, porque não há nenhum interesse para uma investigação policial com relação a ele.

Mas quando há infração penal, a autoridade policial terá de proceder a uma apuração sumária no prazo improrrogável de dez dias, ou, se não o fizer, terá de enviar para o Ministério Público uma cópia do boletim de ocorrência. A atividade policial, em princípio, resumir-se-á a essas duas situações.

O Ministério Público, recebendo esses papéis, poderá entender que realmente aquelas informações traduzem uma infração penal que deva ser devidamente investigada e, nesse caso,

requisita da polícia um inquérito policial, o qual seria realizado, segundo a comissão, apenas quando o Ministério Público entendesse que deveria ser realizado, ou nos casos de crimes de ação de iniciativa privada a requerimento do ofendido ou de seu representante legal. Sabemos que é impossível a autoridade policial atuar sem que haja manifestação formal ou, até mesmo, informal do ofendido.

O Ministério Público pode entender, também, que aquelas informações são razoáveis, que são necessárias apenas algumas diligências; pode, até, oferecer a denúncia, requisitando informações complementares, ou aguardando o recebimento dessas informações para oferecer a denúncia. Em uma terceira hipótese, pode promover o arquivamento.

Como tentei explicar, o juiz não entra nesse cenário. Se o Ministério Público promover o arquivamento basta declarar nos autos, por meio de uma promoção, que não é caso de ajuizamento da ação penal e promove o arquivamento. Mas como ele não deve ser o juiz de si mesmo, essa promoção de arquivamento irá a um órgão superior do Ministério Público, de acordo com a lei local de cada unidade da República Federativa, em algum lugar, a conselho superior – aqui em Brasília, parece-me, a denominação é Órgão Superior do Ministério Público. Esse colegiado, pela totalidade dos seus membros, acredito por alguns membros, já com a respectiva delega-

ção, examinará se é mesmo caso de arquivamento e, de duas uma: ou homologará o arquivamento, ou determinará que outro promotor, ou, no caso da Justiça Federal, outro procurador apresente a acusação e formule a denúncia.

É interessante notar a participação de todos nesse procedimento. É dada, tanto ao ofendido como ao investigado, a apresentação de razões relativas à situação, naturalmente, cada um propendendo para o seu interesse que, evidentemente, será objeto de apreciação, ou do promotor, ou do procurador, que promova o arquivamento, ou pelo Órgão Superior do Ministério Público.

De sorte que o art. 28 do Código de Processo Penal vai, na ótica dos membros da comissão, ter uma redação completamente alterada, não havendo mais aquele jogo de empurra, por assim dizer, entre o juiz e o promotor – um pede o arquivamento, outro entende que não deve ser e remete os autos para o mesmo órgão do Ministério Público. Assim, é no âmbito do Ministério Público, a quem deve ser conferido o poder de acusar com exclusividade – está na Constituição –, que o problema do arquivamento passará a ser resolvido. Se o Ministério Público entender que é caso de requisição do inquérito, solicitará a sua revisão – como disse –, e a autoridade policial terá, assim como para efetuar na apuração sumária, a diligência que entenda suficiente para o oferecimento da

denúncia, um prazo improrrogável de trinta dias.

Nenhum inquérito poderá ter o seu curso por prazo superior a quarenta dias, se esse anteprojeto se converter em projeto e depois se converter em lei. Pretende-se fazer uma agilização profunda, máxima do inquérito policial para evitar esse desgaste.

Estou trabalhando em processos cujos inquéritos levaram cerca de dez anos para terminar, principalmente nos denominados casos do “colarinho branco”. Tenho, por exemplo, ações penais que aconteceram em 1989. Essa burocracia, que torna obsoleto o inquérito policial como ele é hoje, tem de ser extinta, tem de ser abolida a fim de que se possa agilizar a atuação na investigação criminal e que se possa chegar a um resultado.

Um outro ponto muito interessante – ainda não tenho uma opinião formada com absoluta convicção seria uma modificação do art. 399 do Código de Processo Penal, já na parte do procedimento e não do inquérito –, uma vez recebida a denúncia ou a queixa, seriam os elementos investigatórios desentranhados dos autos. A defesa e a acusação terão cópia, mas não servirão como elementos de convicção do juiz. O juiz só julgará com base na instrução contraditória realizada sob sua presidência. Não sei até que ponto isso pode ser realizado. É claro que essa idéia não abrange as provas irrepetíveis como o exame de corpo de delito num

caso de homicídio, uma prova que tem de ficar nos autos, e uma medida cautelar que tenha sido produzida durante a investigação. O que se imagina, no seio da comissão, é retirarem-se aqueles elementos de prova, mais propriamente da prova produzida oralmente, porque é uma prova que muitas vezes traz uma diferença muito grande, como sabemos, entre aquilo que foi colhido na investigação e aquilo que é realizado em juízo, para evitar essa disparidade entre ambas as provas colhidas a respeito dos mesmos fatos e com a participação das mesmas pessoas, as testemunhas.

O que também se quer realizar com relação à colheita da prova, especialmente da prova testemunhal, é que ela seja feita na apuração sumária o mais informalmente possível. A colheita do depoimento da testemunha será feita pelo policial, que é chamado a verificar o fato no local em que este ocorre, naquele boletim de ocorrência, naquele papel, naquele termo circunstanciado que realiza, o qual deverá ser assinado pelos depoentes. Isso pode ser feito oralmente e depois resumido; pode ser feito em qualquer local e o mais celeremente possível. Já com a prova colhida no âmbito da repartição policial, esta deverá ser realizada com o concurso dos mais modernos meios tecnológicos, por exemplo, gravação eletrônica. Não sei se já está sendo adotado em Brasília, mas há lugares em que isso já é corrente, como em Porto Alegre-RS. Em algumas varas em São Paulo, no sistema de tomada dos

depoimentos, o trabalho de estenotipia é acoplado ao computador, encarregando-se, este, de fazer a decodificação das perguntas e respostas no nosso vernáculo. Trata-se, portanto, de uma técnica muito boa. Mas o melhor de todas – e aí vai haver a necessidade de uma certa reestruturação, especialmente material, de todos os órgãos envolvidos, principalmente das repartições policiais – é o sistema audiovisual. Nesse caso não há necessidade de transcrição, é óbvio. Chegamos a fazer uma experiência informal em São Paulo e verificamos que é muito mais fácil a um juiz, a um desembargador decidir uma apelação criminal com o vídeo da audiência do que com aquela leitura do que consta friamente dos autos. Eles sentem os depoimentos das testemunhas como o próprio juiz que preside a audiência sente; isso é muito importante. A idéia é de que tudo seja feito o mais ágil e informalmente possível, com a ajuda desses recursos tecnológicos.

É interessante anotar, nessa perspectiva da agilização do inquérito, que haja um certo entrelaçamento de atuações, não sei se há efetivamente, nas questões relativas às infrações penais de menor potencial ofensivo. Na reforma de 1983, que chegou à contemplação parcial pelo legislador em julho de 1984, o Prof. Toledo e eu, na esteira do ensinamento e da proposição do Prof. Frederico Marques, que trabalhou conosco também na revisão do anteprojeto do Código de Processo Penal, que foi o projeto que encaminhamos

ao Congresso Nacional em 1983, o Projeto n. 1.655, a nossa idéia era a que esses juzgados especiais funcionassem como cortes permanentes, pelo menos nas grandes cidades, 24 horas por dia, com plantões de juizes, membros do Ministério Público, defensoria da ativa permanente, oficial de justiça, médicos do Instituto Médico Legal para fazer exame de corpo de delito. A idéia nossa era a de que, tanto quanto possível, esse julgamento fosse feito no momento em que a infração ocorreu, como nos países do Primeiro Mundo. Na Inglaterra, por exemplo, julga-se às 2 horas da tarde um fato, tido como criminoso, que aconteceu às 10 horas da manhã. Essa seria a idéia do trabalho. A polícia trabalharia em perfeita conexão com o Ministério Público e com os juizes competentes, cada um na área da sua atuação. Ainda que parcialmente – não podemos aqui cuidar da reestruturação, isso é coisa de cada unidade da República Federativa do Brasil –, cada lugar poderá, se for o caso, manter esses juzgados especiais por todo esse tempo, por todo o dia, nos feriados, nos domingos, julgamentos às 2 horas da manhã, às 6 horas da manhã, às 4 horas da manhã, quer dizer, essa é a idéia que deveria vingar.

Uma outra novidade que é própria da modernidade do Direito Processual está na modificação da redação do art. 30, pelo qual a ação penal de iniciativa privada deverá ser concedida, também, às entidades legitimadas por lei, a defesa de direitos difusos ou co-

letivos quando se tratar de infração contra eles praticados. As entidades terão também, não só a pessoa física e a pessoa jurídica, mas qualquer entidade, qualquer associação, que esteja legitimada por lei, a defesa de direitos difusos ou coletivos, será parte legítima para a propositura da ação penal de iniciativa privada.

Deixei para destaque – à guisa de conclusão – um ponto que me parece absolutamente referencial, até pelos precedentes da minha atuação nesta área de efetuação de projetos de lei desde 1977: é o tema do indiciamento no inquérito penal, que já foi discutido em um congresso em Brasília, em 1981, sobre a reforma penal, em que participaram mais de duas mil pessoas. Trata-se de um tema sobre o qual nunca houve unanimidade de opinião. As opiniões sobre ele são as mais diferentes possíveis. Questiona-se se deve ou não existir um indiciamento formal. Para evitar uma discussão que seria acadêmica e que, provavelmente, não nos levaria à nenhuma conclusão, porque, como disse, as opiniões são totalmente antagônicas, contrastantes, idealizamos um meio termo, que nos pareceu razoável, até mesmo na terminologia. Reservamos para a pessoa que se envolve numa persecução penal, na sua iniciação, a denominação de “investigado”, a qual nos pareceu a mais adequada. A partir do momento em que haja dados convergentes indicadores da autoria – indícios que, tecnicamente, são dados indicadores da autoria de uma infração penal –, na

minha maneira de entender, – e a autoridade policial, única competente para isso, entender que realmente há, no caso, essa convergência de dados indicadores da autoria, ela deve esclarecer ao cidadão investigado que existem dados suficientes para que ele passe à condição de suspeito e, após prestar essa informação, certificar nos autos que essa informação foi prestada, para não haver delonga na determinação desse fato. O suspeito, segundo essa nova terminologia, passa a ter todas as garantias constitucionais, daí por diante, e estabelecer-se-á o contraditório no inquérito policial.

Essa não é uma idéia minha, mas uma aspiração para o Brasil já declarada em livros, com base na doutrina e na legislação estrangeira. Não compreendo por que na Argentina, até na Constituição de certas províncias, em Córdoba, por exemplo, coloca-se a contraditoriedade no inquérito para que haja a defesa ampla. Aliás, o inc. LV do art. 5º da Constituição Federal foi fruto da defesa que fazíamos, eu e meus companheiros então integrantes do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária em Brasília, da idéia da contraditoriedade. Encaminhamos essa idéia ao relator da Constituinte, Senador Bernardo Cabral, no sentido de assegurar aos acusados, em geral, ampla defesa em pleno contraditório, com todos os meios e recursos a ela inerentes. A própria Constituição do Brasil determina que assim seja. É evidente que enquanto a pessoa está no limiar da investigação

e não há uma convergência de dados que possam levá-la à condição de suspeita, é uma temeridade o estabelecimento do contraditório, até porque, se queremos agilizar, não devemos complicar. A pessoa passa a ter todas as garantias constitucionais, inclusive o direito ao silêncio; se preso, o direito a chamar uma pessoa da família ou outra pessoa por ele indicada, o direito à assistência de advogado etc.

Para terminar, cito, como ponto referencial, o caso da prisão em flagran-

te delito. Nesse caso, tudo isso será despiciendo, porque a pessoa já ingressa na persecução penal na condição de suspeito óbvio, com todas as garantias constitucionais.

ROGÉRIO LAURIA TUCCI: Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo.

O inquérito policial, infelizmente, mesmo depois da constituição cidadã, ainda continua como um instrumento, para a maioria dos brasileiros, não de persecução penal, no sentido da realização da justiça com vistas ao combate à impunidade, mas de perseguição penal, como um instrumento, ainda, do poder político. As questões criminais que demandam e chegam aos fóruns dizem muito mais respeito aos “pés-rapados”, vítimas de engendrações, do que aos mais perigosos criminosos, que estão por aí acuando, cada vez mais, a sociedade, portanto, a ordem jurídica.

Em áreas mais atrasadas – não devemos ter o constrangimento de reconhecer que somos, infelizmente, vários países: São Paulo é um país adiantado, apesar de a criminalidade lá já estar no dia-a-dia das calçadas; os inchaços das grandes cidades e dos grandes pólos industriais em nada mais se diferenciam do que se constata no Nordeste –, o inquérito policial realiza-se, sabemos, na esfera do Poder Executivo, do poder político, portanto, ainda que se sujeite, em tese, ao controle do Poder Judiciário. É a polícia civil estadual ou federal, ambas sujeitas ao controle político que faz o inquérito.

Há a crise do nosso Estado brasileiro, cada vez mais carente de recursos para investimentos, porque não há uma solução em nível de Estado que não demande a necessidade de recursos, e os controladores do orça-

mento já têm uma resposta: não há recursos. Para o Poder Judiciário modernizar-se, tem-se de tomar dinheiro emprestado ao exterior; não podendo comprometer-se o aumento da dívida externa, então, não há recursos. Portanto, não se moderniza o Poder Judiciário. Mas há recursos para o desperdício, as propinas e obras inacabadas. Mas há e haverá recursos, dependendo do grau de cidadania que cada brasileiro resolver reivindicar e assumir.

Temos, de um lado, o crime organizado levando vantagem no embate com a polícia, que hoje está menos aparelhada do que a “bandidagem”. Esta tem fuzis moderníssimos, enquanto a polícia ainda tem “espingardas de caçar passarinhos”, ou melhor, “aves” – para dar trabalho ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Não-Renováveis (Ibama), que, na proteção do meio ambiente, também tem dado muito o que fazer a este país. De outro lado, vemos alarmados a polícia contaminada pelo crime. Quase todo dia, pipocam denúncias de corrupção, envolvendo policiais de vários escalões com criminosos de vários matizes, especialmente na área do tráfico de drogas. A criminalidade espraia-se no país, oxigenada pela sensação de impunidade. Nesse ponto, está a grande questão, ou seja, a sensação de impunidade: “Não me ocorreu nada até há pouco, não me ocorrerá nada mais tarde. Nada aconteceu a ele, por que haverá de acontecer também comigo?”. E acaba

não acontecendo com ninguém. De vez em quando, uns bodes expiatórios são agarrados, ocupando as manchetes, e a sociedade fica, portanto, como aquele leão do circo, para o qual o gerente precisa conseguir um jumento todo dia para ele comer, porque, senão, o leão come o gerente. A opinião pública brasileira precisa, todo dia, de um escândalo, para que, na sombra dele, os escândalos ignorados possam continuar existindo.

Vou revelar-lhes aqui, também, por experiência própria: conheço um ladrão de dinheiro público que está há mais de quinze anos no crime sob impunidade continuada – estou, até mesmo, tendo o trabalho de catalogar, porque penso em escrever um livro sobre isso, para mostrar que são tipos interessantíssimos dos quais a sociedade precisa conhecer o perfil, e eles estão por aí –, até onde os meus estudos e observações estão levando, em razão exatamente dessas folgas, brechas e vazios que acontecem nos procedimentos do nosso processo penal e também nos privilégios constitucionais. Na maioria dos casos, vemos o Congresso reunir-se e rejeitar pedidos de licença que o Supremo Tribunal Federal encaminha para processar eventuais criminosos em tese, acoberdados por imunidade parlamentar.

A Constituição de 1988 também criou foro privilegiado para os detentores de cargos executivos, e aí também está um dos grandes ralos do dinheiro público. São desvios que se

realizam no Sistema Único de Saúde, no Fundo de Manutenção e de Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef) e nessa “dinheirama” toda que a União carrega para os municípios, onde são fiscalizados por Câmaras Municipais compostas por vereadores, na maioria semi-analfabetos. Tal como dizia um chefe político do Nordeste, que não estava preocupado com a eleição de vereadores, mas sim com a eleição dele, porque “vereador, a gente compra”, estes são os fiscais do dinheiro público na base da Nação.

Como denunciava um crítico mordaz nos anos 1960, a polícia sempre erra, isto é, quando ela quer. É, portanto, nesse cenário de despreparo humano, de desaparecimento material e baixos salários – em São Paulo, principalmente, houve uma estatística recente gritante – que a maioria dos policiais faz hora-extra trabalhando como seguranças em empresas particulares, nas horas em que deveriam ser dedicadas ao repouso, para que eles, podendo ter mais tranquilidade e equilíbrio emocional, pudessem melhor servir à sociedade. Mas não é só o baixo profissionalismo. Há também quase nenhuma ética, essa coisa que vai tomando conta do nosso imaginário, a necessidade sempre de levar vantagem. Então, a eficácia do inquérito policial resulta comprometida. Dessa forma, eu trouxe para submeter à reflexão geral estas questões: devemos acabar com o inquérito policial? Há quem defenda. Apenas uma inter-

rogação: peças informativas do crime bastam ao oferecimento da denúncia, portanto, à instauração da ação penal? Ou o inquérito policial deve ser simplificado e, assim, modernizado para que mais agilmente se apurem os fatos, utilizando-se recursos tecnológicos, como gravações eletrônicas ou magnéticas e imediata remessa dessas provas ao Ministério Público? A Polícia Judiciária da União e dos estados deve continuar sob a batuta do Executivo – no Brasil, tudo se resolve por medida provisória ou emenda constitucional. Uma a mais ou a menos não vai ofender ninguém – ou deve ser entregue à nova direção?

Mudanças são necessárias, é claro, mas precisamos de menos mudanças nesse campo e mais condições para a ação eficaz. Uma coisa é que está tudo aqui bonito: o que a gente imagina, escreve e promulga no *Diário Oficial*, com as melhores intenções. Veja, por exemplo, o que ocorre no Brasil em matéria de Direito Eleitoral. Na prática, em um país enorme como este, continente, em que temos vários países em um mesmo território, tendo em comum apenas a mesma língua e a ancestralidade portuguesa e africana, não é fácil obter-se unicidade de soluções em que apenas uma solução possa espraiar resultados positivos por toda a imensidão desses mais de 150 milhões de habitantes deste enorme território. São questões que me parecem poder atravessar mais um século discutindo-as, e o que se apresentar

será sempre um paliativo enquanto não enfrentarmos, corajosamente, a questão do modelo federativo, por exemplo: somos ou não federação? Vamos ou não chegar lá? Como vamos encontrar essas soluções setoriais para problemas tão setoriais? Poder-se-ia estudar, debater e discutir a possibilidade de maior ingerência, mais direta e menos formal, do Ministério Público e do Judiciário Criminal na Polícia Judiciária, assim determinando o denominado braço estatal para a investigação criminal.

Estava no Superior Tribunal da Justiça (STJ) e tive a informação, por telefone, de que um foragido da Justiça, com prisão preventiva decretada, estaria em Brasília com receio de ser assassinado, porque era uma daquelas testemunhas-bomba a respeito de fatos graves que envolviam até desvio de dinheiro oriundo do Banco Interamericano de Desenvolvimento. Portanto, a competência, em tese, é da Justiça Federal. E foram contar para mim! Coisas gravíssimas chegam ao meu conhecimento de vez em quando, fora a namorada do traficante que, lá da minha janela, vejo tentando entrar, e sabe chorar e rir na hora certa; são pessoas treinadas por maus profissionais da advocacia, que, sabendo que o caso está perdido, não vão falar com o juiz e mandam a namorada, a mãe ou um familiar do traficante, os quais já estão tão acostumados a repetir aquela cena, em que já chegam chorando, mas quando atravessam a porta não choram mais.

E chegou a mim essa informação. Fiquei preocupado, pois, afinal de contas, diz o Código de Processo Penal que todo cidadão, tomando conhecimento de um ilícito, deve comunicá-lo à autoridade policial ou ao Ministério Público, e eu, ali, era mais do que um cidadão, era um juiz, um agente público investido de autoridade judiciária, uma situação grave. Por volta das seis horas da tarde, tentei contato e consegui com o dignitário do Ministério Público, que mais tarde me retornou a ligação para dizer aquilo que eu já sabia, evidentemente, que ele nada podia fazer, pois estava sujeito a procedimentos formais, que sabíamos ser morosos. Além disso, para acionar a Polícia Federal, dependia de requisição e de autorização do ministro da Justiça, que não se encontrava em Brasília, e que demandaria o acionamento do programa de proteção às testemunhas. Isso envolvia, ainda, providências na Secretaria de Direitos Humanos. E o sujeito estava escondido aqui em Brasília, com medo de ser morto, testemunha-bomba de um grande escândalo, e eu, juiz criminal, com essa informação. Finalmente, a solução saiu da maneira como tem saído todas as vezes no Brasil: chama-se o jornalista e entrega-se-lhe a questão. A imprensa, atualmente, quando muitos de nós condenamos, que é o quarto poder, processa, julga sumariamente, na maioria dos casos, e está concomitantemente atuando a favor da sociedade, concorrentemente com o Ministério Público e o Poder Judiciário. Basta esse fato para que se tenha

todas as justificativas contra a chamada “lei da mordaza”. O jornalista gravou, com fita magnética, um vídeo – tudo o que estamos aqui pregando para o inquérito policial, a imprensa já faz –, juntou todas as provas e, na semana seguinte, li em uma revista semanal de grande circulação. Assim mesmo não saiu tudo, quer dizer, até onde eu sabia.

Revelo esse fato para mostrar o que há de desaparelhamento, de falta de engrenagem estatal encarregada da defesa da sociedade, do patrimônio público e da honra das pessoas. A Constituição tutela, a democracia protege, mas prescreve em dois anos. O Prof. Rogério Tucci contou que teve um caso que se arrastou por mais de dez anos. Fui relator de um inquérito que já se arrastava por seis anos. Nesses casos, entendo, *data venia* dos entendimentos em contrário na minha Corte, que há de se reconhecer que há um constrangimento ilegal, afastável por *habeas-corpus*, trancando-se, portanto, o inquérito, o procedimento. Enquanto o código fala em dez dias, havendo uma prorrogação em algumas hipóteses, arrastar-se o inquérito por mais de seis anos é ou não transformar a persecução penal em um instrumento de perseguição política?

São essas questões que, de inopino, trago para a reflexão de todos nós, estudiosos do Direito, nesse momento em que se prega a necessidade de reformas na nossa legislação penal. Não podemos perder de

vista, nunca, que a manutenção do Estado resulta do sacrifício de todos, dos que pagam impostos diretamente e dos que não pagam, porque, não podendo, também pagam por aquilo que lhes falta, que o Estado não lhes provê; é uma forma de pagar também pelo sacrifício. A manutenção dessa máquina estatal tem de se realizar sem se desprezar a eficácia. Não adianta ficarmos todos brincando de democracia, de que temos poderes legislativos, que é uma luta para reunir e dar *quorum*. Li em um jornal uma crítica sobre o fato que dezenas de lei foram aprovadas sem discussão, – está ali no combinemos no voto de liderança; há emendas constitucionais aprovadas sem discussão. Isso é uma ação coreográfica, como aquelas “meninas do Faustão”, que ficam ali atrás dançando para dar um pouco de movimento e não cansar muito a tela... ficar brincando de Poder Judiciário. Ementa, relatório, voto, decide e o ministro do Executivo não cumpre a decisão. Vem uma reclamação que é ineficaz. A reclamação processada demora tanto quanto a ação principal que resultou na sentença. Isso é brincadeira. Não há eficácia. O governador não cumpre a decisão judicial. A Constituição diz: “intervenção federal”. Quem vai intervir? E quando a União não cumpre, quem vai intervir?

Precisamos acordar para começar a lidar com a verdade. Ela nos impõe que a realidade há que ser o grande ingrediente de todas as formulações legais. Fazer lei é fácil. Uma medida

provisória pode ser renovada de trinta em trinta dias. Muda-se uma vírgula e fica valendo por mais trinta dias. Agora, manter uma sociedade cidadã, digna dos seus direitos, um Estado organizado e em condições de assegurar todos os direitos individuais e coletivos do cidadão, demanda um processo de educação, de crescimento, de cidadania, porque nem o Código de Processo Penal nem a Constituição podem ser algo como um modelo que se encomenda a uma alfaiataria, onde se entra e veste-se o modelo já pronto para o uso. Tudo tem de ser decorrência disso que se está praticando no Conselho da Justiça Federal: a discussão; jamais a imposição. Por isso que, mais uma vez, homenagem a Academia Paulista, pelo formato que traz das alterações nas disposições legais do inquérito policial, mas peço vênias para que essas idéias saiam da pasta e fiquem mais um tempinho entre os que operam diariamente na polícia, no Judiciário e no Ministério Público, essas questões inerentes à persecução penal.

EDSON VIDIGAL: Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

**JUIZADO DE INSTRUÇÃO, VANTAGENS E INCONVENIENTES. EXAME DE
ALTERNATIVAS AJUSTADAS À REALIDADE BRASILEIRA**
ADA PELLEGRINI GRINOVER
FÉLIX FISCHER

Estou muito feliz por poder participar de alguns momentos durante os quais será debatido um tema que, freqüentemente, retorna, como o tema dos juizados de instrução. Mas, para que se possa falar, no ano 2000, de juizado de instrução, é preciso verificar um pouco quais as tendências atuais do processo penal no mundo todo e, sobretudo, na América Latina.

Partiria, como ponto inicial dessa análise, do projeto final do Código e Modelo de Processo Penal para a Ibero-América, que foi apresentado em 1988, "As décimas primeiras jornadas ibero-americanas de Direito Processual do Rio de Janeiro". Naquela época, a esmagadora maioria dos países da América Latina adotava a velha legislação de características marcadamente inquisitivas, com procedimentos escritos e secretos, em que as etapas da investigação, da instrução e da sentença eram confiadas ao mesmo juiz – juiz de instrução –, em que havia compressão dos direitos de defesa, em que o sistema probatório se articulava em torno da confissão e em que a prisão cautelar era a regra.

Nesse panorama, as raríssimas exceções eram representadas pelo Código da Província de Córdoba, que, desde a sua promulgação em 1939, havia instaurado um juízo público, oral, contraditório e contínuo, influenciando sobre outros códigos provinciais argentinos, que passaram a ser denominados de códigos modernos. Outra exceção era

o Código da Costa Rica, que tinha recepcionado o de Córdoba e, naturalmente, o Código de Processo Penal Unitário do Brasil, de 1940, que tinha abolido os juizados de instrução e adotado uma investigação prévia a cargo da Polícia Judiciária, com o processo desenvolvendo-se, inteiramente, com o contraditório público. A postura adotada em 1988 pelo código era de ruptura com relação aos velhos sistemas do restante da América Latina, excluindo essas exceções.

A partir daí, começaram a disseminar aquilo que chamaria de "As novas tendências do processo penal ibero-americano", que se configuram no Código Modelo ou Código Tipo, que é apenas um modelo para ser, eventualmente, adotado pelas legislações nacionais, que se configuram da seguinte maneira: adoção do modelo acusatório, no sentido moderno – não podemos pensar em um modelo acusatório romano –, mas com a nítida separação das funções de acusar, defender e julgar, funções atribuídas a protagonistas diversos. Em consequência – e veremos o porquê –, a supressão dos juizados de instrução e, no seu lugar, atribuição da investigação prévia ao Ministério Público ou à Polícia Judiciária em coordenação com o Ministério Público, reservada a intervenção do juiz somente para as medidas cautelares, portanto, um juiz de garantias.

Outro ponto firme é a intransponibilidade, para o processo, dos elementos probatórios recolhidos na

investigação não-contraditória, destinados, exclusivamente, à formação da *opinio delicti* do Ministério Público e a embasar as medidas cautelares a serem proferidas pelo juiz. Um processo público e oral em contraditório; um procedimento ordinário com uma etapa intermédia, objetivando receber acusação depois de uma defesa; a previsão da suspensão condicional do processo – *probation*; a existência de procedimentos abrilhantados; tribunais integrados por elementos do povo; adoção de vários mecanismos de seleção de casos, quebrando o princípio da obrigatoriedade da ação penal, ou, pelo menos, passando para a discricionariedade regulada; suspensão do processo em caso de revelia; preocupação com a vítima e previsão de acordos reparatórios dentro do processo penal; jurisdicionalização total de toda a execução; e efetivação das garantias do devido processo legal. Desse arcabouço todo, o que nos diz respeito mais diretamente para a análise de hoje é a primeira parte: adoção do modelo acusatório, com a nítida separação das funções de acusar, defender e julgar; supressão dos juizados de instrução; atribuição da investigação prévia ao Ministério Público ou à Polícia Judiciária em coordenação com o Ministério Público; intervenção do juiz na fase das investigações apenas como juiz de garantia para as medidas cautelares.

Essas idéias, na verdade, não surgiram por acaso no Código Modelo

para a Ibero-América. Já eram o resultado de um processo que havia avançado, principalmente na Europa, com o Código alemão, mais tarde com o Código italiano de 1988 e, logo depois, com o Código português, todos adotando esse modelo, que parecia quase que inalcançável na América Latina dado o distanciamento da grande maioria dos países que adotavam o procedimento com juizados de instrução e com a cumulação de tarefas ao juiz também como investigador. Mas, aos poucos, o que se via era que essas idéias foram permeando os encontros dos estudiosos, foram promovidos eventos, congressos internacionais e nacionais, conferências, debates, e o que parecia distante e irreal começou a tornar-se próximo e concreto.

Na verdade, a cultura do processo penal estava mudando. Sob esse ponto de vista, a influência política do Código Modelo foi, efetivamente, muito forte. Se a influência política do Código Modelo é um dado de fato – hoje não há país da América Latina ainda que se conserve, por enquanto, fiel ao modelo mais antigo, que não aspire a se abrir para o modelo acusatório, pelo menos em palavras, senão em ações –, caracterizando-se, a meu ver, como um elemento definidor de um novo quadro jurídico-cultural do processo penal, também vale a pena examinar a influência concreta que esse código tenha, porventura, exercido no plano técnico-legislativo, a dizer nas reformas legislativas dos diversos países.

Aqui, a influência do código matiza-se em diversas nuances, chegando a códigos que aderem totalmente ao Código Modelo, passando por códigos em que ainda há uma certa tensão entre o velho e o novo, como acontece na Colômbia e no projeto do Uruguai, tramitando por reformas pontuais, como no Brasil onde, por exemplo, adotou-se a suspensão do processo quando o réu não é citado pessoalmente e não comparece, ou, então, ainda de atraso com relação a essa proposta.

Na Argentina, por exemplo, temos, pelo menos, quatro códigos provinciais que adotam o sistema do Código Modelo. Lembro que o sistema federativo da Argentina dá competência aos estados-membros, às províncias para promulgarem seus próprios códigos de Direito Processual. Então, a província de Neuquén, a província de Chaco, a província de Catamarca já têm o novo Código de Processo Penal aderente à filosofia do Código Modelo. Na província de Entre Ríos e Mendoza, os trabalhos já estão avançados. A Colômbia não conseguiu, embora invoque na sua exposição de motivos o modelo acusatório, livrar-se da herança de um processo diferente, e a única coisa que fez foi substituir o juiz do juizado de instrução pelo Ministério Público. Mas o Ministério Público acumula as funções de decidir sobre as medidas cautelares e sobre a investigação. O Brasil – que já se encontrava numa situação peculiar muito mais avançada em seus códigos e que já adotava o

processo de sutura acusatória sem juizado de instrução, com uma fase de investigação prévia, atribuída à Polícia Judiciária, medidas cautelares ordenadas pelo juiz, acusação formulada pelo Ministério Público, procedimento público e contraditório –, até 1988, ainda guardava alguns resquícios do sistema inquisitivo: certos procedimentos instaurados *ex officio* pela polícia para as contravenções penais e as lesões corporais culposas; inquérito policial sigiloso; buscas e apreensões com mandado policial; prisão cautelar obrigatória até 1977; garantias ao acusado, pelo menos formalmente, restritas ao contraditório e ao direito de defesa.

Foi a Constituição de 1988 que assinalou para o processo penal brasileiro a marca indefectível do processo acusatório. Não se pode dizer que o Código Modelo, que é contemporâneo à Constituição de 1988, tenha influído sobre a Constituição, mas, sem dúvida, as idéias que germinavam eram as mesmas, até pela identidade de alguns juristas que colaboraram na produção de ambos. Assim, a ação penal pública ficou privativa do Ministério Público, e privativa do juiz ficou a função de determinar qualquer providência cautelar. A Polícia Judiciária é encarregada das investigações prévias, mas ao Ministério Público, autônomo e desligado do Judiciário e do Executivo, coube o controle externo da polícia, bem como poderes relacionados com atividade investigativa.

Outra aproximação com o Código Modelo ocorreu pela admissão da

transação penal em nível constitucional. Novas garantias foram introduzidas, como a publicidade dos atos processuais, o direito ao silêncio, a proibição das provas obtidas por meios ilícitos, a extensão do contraditório ao processo administrativo etc.

No campo legislativo, a influência mais direta no ordenamento brasileiro do Código Modelo foi pelo instituto da revelia, modificado em 1996, limitado agora à circunstância de o acusado citado pessoalmente não comparecer ou abandonar o processo.

Além disso, no campo da Justiça Penal consensual, a Lei n. 9.099, de 1995, não só regulou a transação prevista na Constituição mas também criou acordo reparatório à suspensão condicional do processo e, possivelmente, a transação penal pode ser considerada ampliada por legislação posterior, como o Código de Trânsito de 1997 e a Lei dos Crimes contra o Ambiente de 1998.

O Ministério Público, por sua vez, avançou no caminho de um contato mais direto com as investigações policiais por intermédio de suas leis orgânicas, que fixaram formas de controle e permitiram maior atuação nessa fase de persecução.

No plano estrutural, foram apresentados projetos de lei, em 1994, visando ao melhor tratamento da investigação prévia e a generalizar a previsão de uma fase intermédia no

procedimento ordinário, destinado ao juízo de admissibilidade de acusação, hoje confinados os processos ofertados ao Tribunal do Júri e aos crimes praticados por funcionários públicos.

Considero uma nota destoante no quadro da influência do Código Modelo no sistema brasileiro a lei de 1995, que trata do crime organizado e atribui ao juiz, na fase prévia, a faculdade de efetuar pessoalmente as investigações, de forma sigilosa. Isso contraria, a meu ver, toda a tradição do Direito brasileiro, e, a tal ponto, que os juízes ou não têm utilizado ou pouco têm utilizado esses poderes legais.

Fora do Brasil, a adoção do modelo do Código Tipo rompeu com a estrutura anterior na Guatemala, na Costa Rica, El Salvador, Paraguai – onde os códigos já estão em vigor –, na Venezuela, na Bolívia e no Peru – onde os códigos já foram promulgados e estão no período de *vacatio legis* –, no projeto do Chile, em Honduras e no Equador. Portanto, há, efetivamente, uma grande influência do modelo do Código Tipo no processo penal sul-americano e latino-americano. Isso não é de se estranhar porque esse modelo foi galgando posições na Europa, onde a Itália e Portugal abandonaram, há dez anos, os juizados de instrução para partirem para esse modelo; Alemanha e Áustria já haviam feito isso. Na verdade, a única resistência forte, a essa mudança que ainda se encontra na Europa, é a França, que é a mãe do

juizado de instrução – perfeitamente aceitável que não queira abandoná-lo tão facilmente.

Dada essa panorâmica ampla, o que se poderia entender, efetivamente, por juizado de instrução? Esse tema recorrente indica, na prática, o quê? No juizado de instrução, em síntese, cabe ao juiz dirigir as investigações policiais prévias ao processo. Isso significa atribuir ao juiz funções de supervisão e investigação criminal, mantendo, ao mesmo tempo, como a autoridade que ordena as medidas cautelares, prisão, arresto, seqüestro, busca e apreensão, interceptação telefônica etc. Ainda que não seja o juiz do processo, propriamente dito, será esse juiz da instrução que, ao mesmo tempo, cuidará da investigação e de ordenar as medidas restritivas de direitos e de garantir ao acusado a observância dessas garantias em relação a seus direitos constitucionais.

Em primeiro lugar, o grande vício do juizado de instrução – sistema que considero totalmente superado – é concentrar, no mesmo órgão, as funções de investigar e de julgar as medidas cautelares acima mencionadas. Haveria vantagens na adoção de um sistema desse tipo? Só consigo ver desvantagens. O juiz perde a sua imparcialidade, acumulando funções de acusar e de julgar. Esse juiz, pela nossa tradição, que vem desde o código de 1940, não está afeto a esse tipo de atuação: coordenar, supervisionar, tomar conta de investigações, pedir à

polícia outro tipo de investigações ou que as suplemente. Não consigo ver o juiz – e há vários juizes nesta mesa e no auditório – brasileiro confortavelmente exercendo essa função.

Por outro lado, esse sistema não traz qualquer agilização para a Justiça. Pelo contrário, porque, se quisermos hoje juzados de instrução, eles não poderão ser secretos, terão de ser contraditórios, se não, o que o juiz estará fazendo ali? Somente investigando? Uma investigação que seria secreta? Teríamos uma duplicidade de funções exercidas primeiro por um juiz das investigações – o juiz de instrução –, e que, depois, teriam de ser, em grande parte, repetidas em juízo, diante de um processo que seja efetivamente público, aberto e que seja informado pela maior oralidade possível, embora a nossa cultura não esteja muito afeta a um processo oral.

De qualquer maneira, a experiência dos países que estão abandonando os juzados de instrução para uma investigação prévia Ministério Público/polícia mostra que esses juzados jamais foram capazes de agilizar coisa alguma. É um processo prévio lento, complicado, em que se faz uma coleta de provas, que, muitas vezes, vai ter de ser repetida à luz de outras provas em contraditório. Não houve jamais, em país algum, agilização da Justiça por força dos juzados de instrução. Qual seria a utilidade? O controle do juiz sobre o inquérito. É o que se quer na verdade. Se não é mais ágil, não é

mais adequado às funções do juiz, na verdade vejo como uma idéia mal disfarçada essa que promove a propaganda do juizado de instrução: a vontade de que uma autoridade superior exerça controle sobre a polícia. Se controles sobre a polícia devem existir, estes devem ser exercidos pelo Ministério Público, porque ele é o destinatário da investigação e, sendo assim, tem todo interesse de parte de que a investigação seja bem conduzida, para que lhe forneça elementos probatórios sólidos para poder acusar e sustentar a sua acusação em juízo. Não vejo porque o juiz, que é imparcial e eqüidistante por definição, ficaria tomando conta do inquérito policial e das atividades investigativas da polícia. Além do que, do ponto de vista estrutural, seria necessário criar inúmeros cargos de juizes, porque é evidente que o juiz da instrução não pode ser o juiz da causa. Todos que sustentam a bondade da idéia reconhecem isso.

Vamos ter, então, uma duplicação do número de juizes, porque não se trata apenas de um juiz que é o juiz das medidas cautelares da investigação; trata-se de acompanhar as investigações, de recolher provas durante as investigações, de fazer um trabalho também cartorial, que exige, evidentemente, a nomeação de um grande número de juizes. Por isso é que inúmeros países, que até agora acolhi- am os juzados de instrução, estão abandonando-os para adotar o sistema das investigações policiais, dirigidas,

em alguns países, pelo Ministério Público e, em outros casos, coordenadas pelo Ministério Público, mas sempre em uma íntima correlação entre Ministério Público e polícia, que deveriam trabalhar conjuntamente.

Nesse tipo de modelo, na Europa, e ainda se cita a Itália e Portugal como exemplos de juizado de instrução, eles só os abandonaram nos anos 1980; na América Latina, além de diversas províncias argentinas, Peru, Bolívia, Venezuela, Paraguai, Costa Rica, Guatemala, Honduras, o projeto do Chile e diversos outros projetos estão cada vez mais freqüentes.

Existem diversas propostas de reforma ao Código de Processo Penal e da investigação policial. Certamente que são apenas propostas, que ainda serão discutidas, para as quais vamos convocar não só os operadores do Direito, mas a sociedade em geral para encontrarmos a melhor maneira de resolvermos esse problema. A meu ver, o Brasil não pode abandonar uma tradição de sessenta anos, de um inquérito policial, que pode tomar formas diversificadas, que pode se tornar mais simplificado, mais enxuto, menos macrocefálico, nem deve abandonar esse modelo confiando as investigações à Polícia Judiciária.

O que falta, a meu ver, é o entrosamento entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público, devendo-se lembrar a quem se destina o inquérito, a quem se destinam as investiga-

ções: ao Ministério Público para acusar, e ao juiz para ordenar as medidas cautelares.

Creio que não se deve abandonar esse modelo, que pode ser aperfeiçoado, para partirmos para um juizado de instrução, que abandonamos desde o Código Unitário de 1940. O sistema é que deve ser melhorado. Temos de desburocratizar o inquérito, evitar a superafetação de prazos, evitar a contemplação, até certo ponto, passiva do Ministério Público e do próprio juiz sobre o inquérito. Um desenho moderno de investigações policiais seria aqueles que reserva à Polícia, efetivamente, a função de investigar, aliás, em observância ao próprio disposto na Constituição Federal, art. 144, § 4º, retirando dessas investigações o caráter burocrático e cartorial que hoje acabaram assumindo.

Vejo o Ministério Público destinatário da investigação, sendo-lhe atribuídas as funções de coordenação e de

uma atuação conjunta com a polícia. E, ao juiz, mantida a sua posição eqüidistante e imparcial, o asseguramento de sua exclusiva competência para as medidas cautelares. Além disso, uma defesa que seja assegurada a partir do momento em que o investigado passa à condição de suspeito, que seria o antigo indiciamento, que, na Itália, chega a denominar-se “aviso de garantia”, porque marca o momento a partir do qual o investigado deverá começar a preocupar-se com sua defesa, e também um papel mais relevante ao ofendido, para que possa exercer diversas iniciativas ao longo das investigações.

ADA PELLEGRINI GRINOVER: Professora de Direito Processual Penal e Diretora da Escola Superior de Advocacia.

A questão dos juizados de instrução é uma discussão que é antiga, é anterior à época em que foi feito o código. A própria exposição de motivos do Código de Processo Penal já aborda essa polêmica em torno dos juizados de instrução, mas é sempre reavivada em razão de problemas constantes como o aumento do índice de criminalidade, que cresceu muito mais depois das décadas de 50 e 60, por causa de uma explosão demográfica, e com problemas econômicos, sociais e educacionais. Esse alto índice de criminalidade, com uma repressão criminal ora arbitrária ora inconvincente ou desleixada, tem levado sempre à discussão de como alterar o sistema processual. Não adianta transportar para o nosso sistema idéias aplicadas na Escandinávia, onde o índice de criminalidade é baixíssimo, ou, por exemplo, no Canadá, porque aqui a situação fática é totalmente diferente. A Profa. Ada Pellegrini Grinover, em seu artigo sobre processo penal em Ibero-América, relata que a persecução criminal sempre deve ser efetiva e dotada de "garantismo". Isso nem sempre aconteceu, daí por que são reavivadas as questões de como alterar a persecução criminal.

Vou ler um trecho da exposição de motivos do Código de Processo Penal:

O preconizado juízo de instrução, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e indicar testemunhas, só é praticável

sob a condição de que as distâncias, dentro do seu território e jurisdição, sejam fácil e rapidamente superáveis.

Já temos esse problema inicial, ou seja, a realidade de Brasília é uma, a do Pará, a da Amazônia, a do Rio Grande do Sul ou a do Paraná já são outras.

Para atuar proficuamente em comarcas extensas e posto que deva ser excluída a hipótese de criação de juizados de instrução em cada sede de distrito, seria preciso que o juiz instrutor possuísse o dom da ubiqüidade.

Além do que, sempre que se acelera ou se torna sofisticada a máquina de repressão, é necessário um número maior de pessoas atuando, o que, em um país com problemas econômicos como o nosso, vai levar a uma discussão muito séria para poder ser aprovado. Quando se acelera ou se encurta um procedimento, é lógico que, com o mesmo número de juizes, de promotores, no final, isso acaba não funcionando. Existe o problema de se trazer mais gente para atuar nessa área, onde se está tornando cada vez mais difícil a seleção qualitativa de seus integrantes.

De outro modo, não se compreende como poderia presidir a todos os processos, nos pontos diversos da sua zona de jurisdição, à grande distância uns dos outros da sede da comarca, etc.

Quanto ao inquérito, que é tão combatido – se for o entendimento de se manter o inquérito policial, terá de ser aperfeiçoada a sistemática, o controle tanto interno, pela polícia, como externo, de quem vai mover a ação penal –, há uma observação interessante na exposição de motivos do Código de Processo Penal:

É ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas.

Isso é muito importante, além do que pode sempre haver uma precipitação de oferecimento de acusação ou até de arquivamento de um procedimento muito rápido, às vezes envolvendo crimes graves.

Por mais perspicaz e circunspecta a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarme provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos, a priori, ou sugestões tendenciosas. Não raro preciso voltar atrás, refazer tudo para que a investigação se oriente no rumo certo até então despercebido. Por que então abolir o inquérito preliminar ou a instrução provisória, expondo-se a justiça criminal ao “detetivismo”, às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única. Pode ser mais expedito o sistema de unidade de ins-

trução – o qual a Profa. Ada Pellegrini Grinover demonstrou não ser mais expedito. Mas o nosso sistema tradicional – como diz aqui –, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória, mais prudente e serena.

É lógico que os inquéritos, na forma em que vêm sendo feitos ao longo do tempo, não são sempre peças realizadas de forma desejável. Há, às vezes, desvirtuamento e falta de preparo do elemento humano. Mas, de qualquer forma, parece-me que, dentro da nossa realidade, deve-se pensar duas vezes antes de abolir essa sistemática, em vez de aperfeiçoá-la. Abolindo essa sistemática, em um país de dimensões continentais como o nosso, a não ser que surja a legislação processual estadual, fica muito difícil traçar linhas gerais que possam funcionar a contento no país como um todo.

Outro aspecto que já foi mencionado, mas devemos ter cuidado: no momento em que uma instrução provisória, num juizado de instrução, é comandada por um juiz, evidentemente esse juiz deixa de ser imparcial, ele sai da sua função. Existem textos legais nossos em que isso é atribuído ao juiz. E mesmo sem atribuição, basta ver que, no art. 156 do Código de Processo Penal, existem magistrados, pela empolgação da função, que praticamente se transformam em investigadores, determinando, de ofício, a colheita de provas e tumultuando, muitas vezes, a prova em juízo, sem ter um ins-

trumental como existiria no juizado de instrução. Na prática, muitas vezes acontece de se ter um comportamento *ex officio* incompatível com a atividade judicante. No juizado de instrução, evidentemente, o juiz seria – como ser humano que é –, um ente parcial e não imparcial, como deveria ser.

Outro aspecto seria a redundância desse procedimento do juizado de instrução. Se ele não tem contraditório, na verdade, torna-se incompatível com o Estado de Direito democrático. E, se ele tem, passa a ser redundante ou até perigoso por encurtar demais a persecução criminal, ensejando evidentes erros, seja a favor ou contra o réu.

Tomo a liberdade de comungar com o entendimento da Profa. Ada Pellegrini, nossa grande processualista, no sentido de que o nosso processo deva se alterar de uma forma tal que o nosso inquérito deva fornecer, realmente, elementos para o *opinio delict*, para o juízo de admissibilidade da acusação. As declarações tomadas na fase de inquérito não deveriam ser utilizadas na sentença condenatória, aliás, nem deveriam integrar o processo propriamente dito, e sim ser dirigidas para formar a opinião do promotor e para o exame da admissibilidade da demanda. Fora disso não deveria ter interesse nenhum. O que pode haver em um inquérito e que deve ser mantido – e é uma prova, às vezes, definitiva – são as provas colhidas com urgência, por

antecipação – evidentemente, nesse caso deve haver o contraditório – e também na hipótese de provas periciais, as chamadas “irrepetíveis”.

Dependendo do tipo de perícia, muitas delas podem ser contestadas por meio de outra perícia, ou se deveria admitir essa contestação.

A chamada “prova pessoal provisória” colhida na fase policial, digamos de inquérito, supervisionada pelo Ministério Público e não comandada por ele – na minha opinião o Ministério Público não deve ter o comando do inquérito, mas, sim, supervisioná-lo, porque é ele que vai oferecer acusação em juízo –, deveria ser dirigida ao promotor para que ele possa apresentar a acusação, e, depois do juízo de admissibilidade da demanda, a prova pessoal não deveria integrar o processo.

Na prática, embora isso seja muito apregoado, estamos cansados de saber que predomina ainda a jurisprudência de que – predomina, não quer dizer que seja absoluta – confissão extrajudicial tem valor decisivo. Alguns chegam a ironizar dizendo que a prova é “quentinha”, como se fosse uma marmita probatória. Essa prova “quentinha”, que é feita fora do processo, feita no inquérito, é considerada extremamente decisiva por alguns, como se fosse uma prova autêntica. E sempre existe aquela combinação entre o que foi colhido fora do contraditório, em termos de declarações, com aquilo que

foi colhido em juízo. Esse é um problema grave. O Estado tem o dever de demonstrar que o réu é culpado, que só deve valer contra ele aquilo que é colhido em juízo da prova pessoal. A prova pericial, logicamente, às vezes tem de ser feita, não tem outro recurso, na fase de inquérito. Outras coisas deveriam ser alteradas, não necessariamente a supressão de inquérito, mas, por exemplo, a introdução do juízo de instrução.

Existe ainda enraizado na nossa mentalidade o interrogatório em juízo sem a presença de advogado. A jurisprudência predominante, contra texto expresso de lei, admite interrogatório de menor de 21 anos sem a presença de advogado sob a alegação de que, se não ficar provado o prejuízo, esse interrogatório será válido. Porém, é muito difícil chegar-se a alguma conclusão de prejuízo nesse tipo de interrogatório, porque, sendo as primeiras declarações tomadas em juízo, ele limita inclusive a atuação da própria defesa. Aquela versão, às vezes dada por medo ou precipitadamente, normalmente em 99% dos casos, por leigo e leigo jovem, limita a atuação da própria defesa. Sem que ocorra a confissão, a versão infantil que pode decorrer de vários motivos pode levar, em uma comparação com as outras provas, a uma condenação que nem sempre está correta, não que se seja necessariamente caso de absolvição, mas pode ser de condenação a grau mais baixo.

Na verdade, parece-me que deveria haver, em vez da supressão do inquérito, o aperfeiçoamento do procedimento também em juízo.

A presença do advogado no interrogatório, ainda que se diga que o interrogatório foi feito na presença do juiz – isso pouco importa –, é indispensável. É necessária a presença do advogado com a possibilidade, antes do interrogatório, de o réu ter contato com seu advogado, nem que este seja defensor dativo.

Hoje em dia, lamentavelmente, a jurisprudência dispensa a presença do advogado até no caso em que a lei a exige.

Outro aspecto que também mereceria um aperfeiçoamento é a não permissão da inversão de apresentação da prova – é comum acontecer quando a prova é colhida por carta precatória. Predomina também o entendimento de que isso não acarreta nulidade. É curioso que a testemunha de defesa seja ouvida antes da testemunha de acusação – é meio cômico. O defensor tem de imaginar o que a testemunha de acusação falará depois. Isso tem sido um lapso. O código não é claro quanto a essa questão, mas o bom senso, parece-me, respeitando opinião diversa, seria que a ordem não pudesse ser invertida, e, lamentavelmente, ela é. Seria quase a mesma situação que se vê no cinema nos filmes americanos, em que o advogado fala antes do pro-

motor. Isso parece uma brincadeira: o sujeito defende-se antes de ser acusado.

Ao se falar em acusatório, que é tendência na separação das funções, temos uma regra curiosa no nosso sistema, que não é tão compatível assim, salvo opinião em contrário: a do art. 156, da investigação *ex officio*, determinação de colheita de prova *ex officio*. Isso não é compatível com o acusatório puro, seria uma mitigação do acusatório. É uma questão de opção adotar-se isso ou não. Nesse caso, como o nosso código permite que o juiz tome a iniciativa de, *ex officio*, ouvir uma pessoa ou de requisitar algum documento, isso pode ser útil na reconstituição do fato.

Antigamente, falava-se sempre na verdade real, que, na verdade, é metafísica, pois o fato é pretérito. Chegar à verdade real é uma ambição quase religiosa, não tem muito sentido. O que se procura é a reconstituição do fato, evitando-se erro. Essa possibilidade que se tem no art. 156 do nosso código é útil nesse sentido, mas também se deve questionar: o juiz, ao fazer isso como ser humano, permanecerá realmente imparcial até o final? Ele não estará tomando partido ao ouvir uma testemunha que poderá condenar o réu ou que poderá absolvê-lo? A questão é saber se aí não haveria problema de quebra da imparcialidade.

Por outro lado, se não existir um dispositivo como esse, passa-se a uma

hipótese de acusatório quase puro, parece-me. O julgamento passa a ser, como dizem os autores portugueses Germano Marques da Silva e Figueiro Dias, um duelo entre as partes, e o juiz fica assistindo já que, *ex officio*, ele não pode fazer nada. Dependerá da habilidade das partes o resultado do processo; dependerá muito de quem é mais apto, de quem puder reunir a prova de forma mais convincente de que o outro, e o juiz não pode tomar nenhuma iniciativa, não pode agir *ex officio* em termos de prova. Isso é um perigo, o processo pode tornar-se algo lúdico.

Um outro problema que surge nesse aperfeiçoamento é quanto ao inquérito ser uma peça dirigida, praticamente, ao Ministério Público e ao juiz somente na fase da admissibilidade, excetuando as chamadas provas irrepetíveis e as provas colhidas com urgência – aquele aspecto de que o juiz que aprecia a admissibilidade não deve ser o mesmo do juízo da causa. Pela lógica, isso seria o ideal. Por exemplo: o juiz rejeita uma denúncia, o promotor recorre, e o tribunal determina o recebimento da denúncia. Não é ideal que esse juiz continue no caso.

Esse procedimento de ser um juiz para o juízo de admissibilidade e outro para o juízo da causa ou, como nos grandes centros no processo de júri, um juiz sumário que vai até a pronúncia e um outro que preside o júri, na prática, é possível esse procedimento pelo país afora, onde temos estados

gigantescos e comarcas gigantescas em dimensões territoriais? Se isso é possível, não seria necessário duplicar o número de juízes que existem no país, no sentido de dar-se andamento a um processo feito desse modo? Isso seria o ideal.

FÉLIX FISCHER: Ministro do Superior Tribunal da Justiça.

**PROCESSO PENAL. JULGAMENTO ANTECIPADO, NOS MOLDES DA LEI
N. 8.038/90, ART. 6º. EXAMES DE SANGUE E DE DNA
FONTES DE ALENCAR
LUIZ VICENTE CERNICCHIARO**

Tratarei primeiramente do tema Julgamento Antecipado nos Feitos da Competência Originária nos Tribunais, previsto na Lei n. 8.038.

Mas, buscando o desenvolvimento lógico do tema, antes de cuidar da competência, irei lembrar o conceito de jurisdição e poder. Se atentarmos à Constituição de 1988, ora se escreve “poder” com “p” minúsculo, outro instante com “P” maiúsculo. Outrora, referindo-me às constituições de 1946, 1967 e 1969, dizia esse texto fundamental que “todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido”. A Constituição de 1988 dispõe “que todo o poder emana do povo e será exercido diretamente ou através dos eleitos”. Esse “poder”, no § 2º do art. 1º, está com letra minúscula. Não há como se confundir esse poder que emana do povo e que é exercido diretamente por ele ou por seus representantes com os poderes com letra maiúscula. Esse poder que emana do povo é o poder político, é o poder fundamento do próprio Estado como emanção da nação. Já aqueles poderes com letra maiúscula expressam funções do Estado decorrentes da própria soberania. E, aí, no campo da soberania, situa-se a jurisdição a ser exercida por um desses poderes como órgão da soberania nacional.

Mas a circunstância de o juiz estar investido da jurisdição não basta por si só para que ele a exerça. Há de se estabelecer a competência, que é o limite da jurisdição. A competência é

caleidoscópica, podendo ser classificada de várias maneiras, mas, no que interessa aqui, podemos falar na competência originária e na recursal dos tribunais superiores e, nesse segmento, na competência originária dos tribunais superiores para o processo e julgamento de determinadas pessoas – e estou aqui usando o vocábulo “pessoas” para guardar harmonia com a expressão latina *ratione personae*. Na verdade, nós, na República, não deveríamos falar em competência em razão da pessoa, porque a República encerrou, extinguiu todos os privilégios de nascimento. É bem verdade que há uma peculiaridade brasileira: às vezes, as palavras não dizem aquilo que à primeira vista pretendem significar. Basta lembrar que a Constituição de 1891 extinguiu todos os títulos e está assinada pelo Barão do Rio Largo. Na República, extintos os títulos, tivemos a figura exponencial do Barão do Rio Branco, ministro das Relações Exteriores. No Supremo Tribunal, na República, tivemos alguns barões. O famoso “jeitinho brasileiro” já existia, e uma lei transformou o título em nome próprio. Então, não era mais título, mas nome próprio. Alguém se chamava Barão ou Visconde etc. Os títulos estavam abolidos, mas como nome próprio ficaram sendo utilizados. Não há contradição, mas uma criatividade brasileira.

A Constituição de 1891, como todas as que lhe seguiram, traz a competência originária dos tribunais – a de 1988, traz a do Supremo Tribunal Fe-

deral, do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, na parte criminal. Não pensem que essa competência, por prerrogativa de função – abandonando a idéia de competência em razão da pessoa – é algo de novo no sistema jurídico ocidental, muito menos no nosso, especificamente brasileiro. O Código Canônico no cânone de 1404 dispõe *sede prima in nemine judicato* (ninguém julga o papa). No cânone seguinte, porém, diz: *Só podem julgar os representantes da nunciatura, os bispos e os chefes de Estados o sumo pontífice*. É uma competência pela prerrogativa da função. Isso está no Código Canônico de 1883, fruto do Vaticano II, mas já estava também lá no Código Civil Canônico de 1917, aquele que foi entregue ao mundo católico por Bento XV.

Estou a dizer que a circunstância de a Constituição brasileira estabelecer essa competência originária é consentânea com o Direito ocidental, não só o dos estados, mas o próprio Direito Canônico.

E recente lei de 1990, a Lei n. 8.038, traçou um procedimento para esses processos da competência originária dos tribunais. No art. 6º, estabelece que o Tribunal poderá receber a denúncia ou queixa, rejeitar uma ou outra e julgar improcedente a acusação. Creio que, por causa disso, – levando à improcedência que está nesse dispositivo – fala-se em julgamento antecipado no processo penal na competência originária dos tribunais.

Há impropriedade na expressão do “julgamento antecipado” em relação à matéria, porque diz mais do que deveria dizer. É verdade que a lei sofre de “angústia expressional”, já diziam isso os hermeneutas de outros tempos. Então, vejamos se dissipamos essa “angústia expressional” do texto.

Falar-se em julgamento antecipado nesses processos significa mais do que está na lei, porque o que a lei autoriza é a improcedência. Não se pode dar pela improcedência antecipadamente. Para darmos precisão ao sentido da lei devemos dizer: “improcedência antecipada” e não “julgamento antecipado”, pois não pode haver condenação antecipada, o que seria um desastre. Seria absolutamente desastroso que afastássemos todas as garantias constitucionais para de pronto dizer: não é preciso apreciar mais prova nenhuma, portanto, condene esse cidadão por antecipação.

Há uma outra observação que não é novidade no sistema brasileiro e também não é um benefício. Não questiono o “benefício” do foro por prerrogativa de função quando aquela pessoa, que o usufrui, tem um julgamento único, quando quem não dispõe de um foro por prerrogativa de função tem duplo grau de jurisdição e todas as instâncias extraordinárias. Então, foro por prerrogativa de função não está em perfeita harmonia com a amplitude de defesa. No código de 1941, arts. 514, 515, 516, é tratado procedimento especial dos processos

dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos. A própria nomenclatura é inconveniente: falar-se em crime de responsabilidade dos funcionários públicos quando o crime de responsabilidade tem uma conotação política. Essa observação já era feita há algum tempo pelo Prof. Raul Chaves, da Faculdade de Direito da Bahia. Na verdade, são crimes próprios de funcionários públicos e não crimes de responsabilidade de funcionários públicos.

Há um projeto de crime de responsabilidade de juiz: quando o juiz condenar alguém de quem o poderoso não gosta, estar-se-á cometendo um crime de responsabilidade. Deve ser algo assim. Também há um trabalho que está sendo publicado no Rio de Janeiro na revista *Renovar* a respeito do “crime de hermenêutica”, que termina sendo isso. A expressão foi cunhada por Rui Barbosa quando defendeu o juiz Alcides Mendonça Lima, do Rio Grande do Sul, em 1896, e o caso chegou até o Supremo Tribunal Federal.

No Código de Processo Penal, art. 616, isso já é aplicado para o funcionário público no primeiro grau. Há um contraditório prévio. Se o juiz se convencer da improcedência da acusação, declara improcedente a acusação. Então, não há novidade no texto da Lei n. 8.039. Há, talvez, uma redação mais apurada, até porque, na década de 1940, o desenvolvimento do Direito Processual não estava no nível em que se encontra hoje. Tínhamos, é verda-

de, algumas figuras excepcionais de processualistas, mas estou me detendo na visão da teoria do processo que se desenvolveu, depois de Liebman, em São Paulo, na década de 1940. Então, o que parece novidade na Lei n. 8.038 não o é, pois já tem sessenta anos.

Segunda parte: A prova. Nós, operadores do Direito, não viemos aqui fazer experiências de operações laboratoriais para encontrarmos o DNA. Estou certo de que se pretende um trato dessa modalidade de prova à luz do Direito, não efetuação da mesma. Temos o conceito antigo de prova: *Prova é o ponto luminoso do processo*. Entre a pretensão e a prestação jurisdicional, há uma barreira a ser vencida com a prova. Lembrando até o verso de Petrarca: “Entre a espiga e a mão está o muro”. A espiga está lá na prestação jurisdicional, e a pretensão está aqui, do lado do muro. É preciso derubar o muro para se chegar até a prestação jurisdicional, o que se faz por meio da prova. Essa prova, hoje, tem a iluminá-la um dos princípios basilares da Constituição, um dos esteios do Estado democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana. Lembro aquele princípio, de que tanto se vale o Ministro Cernicchiaro, de que somente as provas ilícitas não devem chegar ao processo. Respeitada a dignidade da pessoa humana – é bom que se frise esse respeito à dignidade da pessoa humana quando se fala em exame de sangue, DNA – e resguardada aquela garantia constitucional de que, no

processo, não são admitidas as provas obtidas por meios ilícitos, todas as demais provas são possíveis de serem produzidas no processo penal. O art. 155 do Código de Processo Penal dispõe que a restrição da prova no processo penal diz apenas com estado civil das pessoas. Chego a vincular essa restrição da parte final do art. 155 àquele princípio da dignidade humana que hoje está expressamente como esteio do nosso Estado.

Por mais difundido que esteja o valor científico da prova do DNA, deve o jurista levar em conta que esse valor científico não é absoluto, mesmo porque em ciência não há verdade absoluta. Costumo lembrar que a verdade em ciência é como o amor dos versos de Vinícius de Moraes: "(...) que não seja imortal posto que é chama, mas que seja infinito enquanto dure". O DNA admite que pelo menos duas

pessoas em cada dez milhões tenham o mesmo DNA. Há essa circunstância, ainda que remotíssima, para que não se afaste o exame de DNA dos cuidados que devem ser tidos com o sistema geral de prova. Até porque o Código de Processo Penal estabelece que o juiz não está adstrito ao laudo dos peritos, caso contrário, não precisaria do juiz, bastando o perito. Toda prova tem de passar pelo crivo, não apenas do juiz, mas dos operadores do Direito que estão envolvidos no processo.

FONTES DE ALENCAR: Ministro do Superior Tribunal da Justiça.

Discorrerei a respeito de um artigo aparentemente inócuo, estéril: o art. 6º da Lei n. 8.038. Mas, como tudo, a norma jurídica também tem a sua história, a sua explicação. Fizeram algumas indagações na virada do ano sobre qual o fato mais importante do século. Tenho dúvida em dizer qual seria o mais importante: não posso pensar na televisão sem eletricidade; não posso pensar em eletricidade sem o seu antecedente; tudo é um suceder de acontecimentos, e isso ocorre também na norma jurídica. Um dos interesses que está sendo posto em grande realce, ultimamente, é o de uma justiça rápida, célere – decidir o quanto mais rapidamente possível sem precipitação, para que não seja o Poder Judiciário exclusivamente uma expressão formal. Por isso, a Lei n. 8.038 – e este modelo hoje já está vigorando para os Tribunais de Segundo Grau – estabelece um procedimento para os processos que se desenvolvem no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.

O art. 6º envolve temas que fundamentalmente chamam a norma processual penal, quando fala sobre recebimento ou rejeição da denúncia ou da queixa – isso, entendo eu, seria o aspecto formal – para se verificar se a imputação poderia, em princípio, evidenciar estarem presentes os requisitos para o Ministério Público, ou o querelante chamar o Poder Judiciário para dirimir a divergência. Por sua vez, improcedência da acusação atinge diretamente o mérito da matéria, vale

dizer, eu darei uma decisão em que reconheço ou repilo às inteiras a imputação, e a distinção, como todos sabem, é de fundamental importância.

Não me deterei a fazer classificações, juízos em torno dessa norma, mas seria interessante aproveitar o texto e suscitar algumas questões a elas relacionadas. Uma delas, por exemplo, eu diria: se este procedimento nas hipóteses contempladas é posto como *numeros clausos* ou, ao contrário, poderá recepcionar outros procedimentos ou mesmo outros processos? A Constituição atual criou, no art. 98, o comando do chamado “Juizado de Pequenas Causas”, para crimes de menor potencial ofensivo. Daí, a Lei Ordinária n. 9.099/95 – para mim, a natureza jurídica dessa lei não é exclusivamente uma norma especial que veio ajustar-se, mas, sim, compor o complexo do processo penal brasileiro. Porém, ao contrário, é um sistema jurídico: reúne, em si mesmo, aqueles elementos necessários para dirimir a divergência daquelas hipóteses. Isso traz consequências. Se eu disser que um outro sistema corre paralelo ao sistema do Código de Processo Penal é evidente que este só pode ser invocado para solucionar as hipóteses regidas pela Lei n. 9.099 como subsídio, algo meramente analógico e nunca para impor aquelas características.

Sendo assim, se na Lei n. 8.038/90, a hipótese de imputação a alguém que, pelo fato de guardar um foro especial, chamar para o julga-

mento o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, acredito que se deverá, nesses dois tribunais, ser examinada de acordo com a Lei n. 9.099 – é a definição do juízo natural.

Já tivemos uma decisão, e tive a oportunidade de acompanhar o voto do Ministro Fontes de Alencar, num caso em que um desembargador era acusado de haver praticado um determinado ato funcional – difamação ou injúria, não me recordo bem – em relação a um advogado, e entendemos que a matéria seria desta competência.

A Lei n. 8.038 atrai outras matérias. Ela diz que o STF e o STJ tratarão da imputação via denúncia ou queixa; sendo assim respectivo titular, o Ministério Público, por exemplo, deverá sempre oferecer a imputação – não é aquela hipótese em que ele entende da inexistência da infração penal, ainda que o Ministério Público entenda da inconveniência para formular a imputação. Isso implica ligeiramente a análise da natureza jurídica do Ministério Público. Tenho – e essa é a minha concepção pessoal – que não se trata exclusivamente de um servidor público, mas de um agente público. E, quando se diz o agente público, ele atua de maneira a buscar o interesse da sociedade – aqui é a jurisprudência dos interesses. Não se trata de denunciar por denunciar, porque o fato é típico, ilícito, culpável e tam-

bém punível. Mas nos parece que, num jogo de compensação entre dois interesses, entre o ofertar a denúncia ou deixar de fazê-lo, no juízo de valor desenvolvido pelo *Parquet*, entendo que ele pode fazê-lo. Da mesma maneira, já por outras razões também, o juiz pode deixar de aplicar a pena, mesmo reconhecendo a existência da infração penal, abaixo do mínimo legal, porque ele faz o jogo de interesses, entrando aí a sociedade como um parâmetro para a sua utilidade ou não. O Ministro da Justiça, José Carlos Dias, nomeou uma comissão – a que temos a honra de pertencer – para colher sugestões de atualização do Código Penal, não só na parte especial, mas também na parte geral. E na reunião de Fortaleza, houve a conclusão, que seguiu essa linha da jurisprudência de interesses, de poder o juiz aplicar a pena abaixo do mínimo legal. É evidente, não seria o momento para fundamentar exaustivamente uma simples manifestação de bondade, de piedade com o réu, não, é no interesse social. A pena não está sendo prejudicial àquele valor que se busca realizar. De outro lado, também no mesmo sentido, urge uma reformulação do conceito de reincidência para que não continue a ser tal como hoje – se for analisada exclusivamente do ponto de vista formal –, caracterizando-se pela prática de uma infração depois de definitivamente condenada por infração anterior. Ora, se bem analisarmos isso, estar-se-á projetando para a pena aplicável a infração posterior, a reprimenda, que pode ter sido intei-

ramente cumprida. Não seria aí um *bis in idem*? Com essa grande preocupação então se estabelece uma forma diferenciada, não um critério meramente objetivo ou temporal entre duas infrações penais, mas ao contrário: se aquele conjunto de infrações praticadas denota uma personalidade que reclama uma censura mais intensa.

Esse estudo de análise material do Direito não fica exclusivamente, como alguns podem pensar, na linha de oposição do Direito Penal. No Superior Tribunal de Justiça – embora no tema que mencionarei a decisão não seja da nossa especialidade, reputo-a da maior importância e deveria ser divulgada – foi proferida, pela Terceira Turma, matéria de Direito Civil, participando os ministros Waldemar Zveiter, Carlos Alberto Menezes Direito e Nilson Naves. É sabido que o Código Civil estabelece uma presunção de paternidade em determinadas circunstâncias (art. 340). Pode-se observar, na síntese da ementa, como se projeta a jurisprudência de interesses em detrimento da jurisprudência de conceitos:

Nos tempos atuais, não se justifica que a contestação da paternidade pelo marido, dos filhos nascidos de sua mulher, se restrinja às hipóteses do art. 340 do Código Civil, quando a ciência fornece métodos notavelmente seguros para se verificar a existência do vínculo de ligação.

Essa presunção do art. 340, que tinha evidentemente razão de ser em

1917, quando começava a vigorar o texto civil, é evidente que não pode hoje contentar. É a justiça concreta com a justiça meramente formal.

Um tema que me parece ainda bastante significativo e que é essa lei, em seu art. 6º, umbilicalmente relacionado, dá-nos a seguinte situação: digamos que o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal, mercê da respectiva competência, decida pela condenação de uma pessoa. Aliás, no STJ também, o Tribunal Pleno, pelo nosso regimento competente, decidiu a respeito de uma imputação de homicídio doloso a respeito de uma pessoa, que pela sua qualidade funcional atraía a competência originária ao Superior Tribunal de Justiça. E o resultado, por maioria, foi condenatório. Aí surge a pergunta: há recursos? há possibilidade de uma impugnação pelo réu? Em recurso extraordinário, não se debate prova. No Superior Tribunal de Justiça, também não existe. Fico perplexo quando um órgão especial, num Tribunal de Justiça, condena alguém, e torna-se impossível a revisão desse fato. Poderá haver recurso especial, mas logo o Ministério Público recorre à Súmula 07, dizendo que não pode haver reexame de prova etc. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem uma Câmara especializada para processar imputações a prefeitos, e não há recurso. Poderá valer-se do especial ou do extraordinário. Penso, entretanto, que isso fere o dispositivo da nossa Constituição de que o réu tem direito à produção das provas, desde que não-

ilícitas, e dos recursos a elas inerentes.

O direito de recorrer está na nossa Carta Política, explicitamente na Convenção de San José de Costa Rica. Ora, se não é possível fazer uma revisão às inteiras do julgamento, parece-nos que é uma decisão sem recurso, e isso a Lei n. 8.038 também traz à colação.

Quero ressaltar também minha preocupação com o exame de sangue e o de DNA. Nesse caso, também o direito é visto como valor e não como conjunto de normas. Quando integrava a Sexta Turma desta Casa, tive a oportunidade de proferir um voto num caso de transfusão de sangue, o qual, todos sabem, os adeptos de Testemunhas de Jeová não autorizam, não permitem. O DNA é um meio de prova que também pode não ser absoluto. Mas a minha preocupação maior com esses dois institutos não é se eles são úteis ou idôneos – pois há a produção de uma prova e, por isso, a caracterização de um fato será valorada para a condenação ou para a absolvição – mas, antes de mais nada, de como fazer esses exames de sangue e como realizar o de DNA.

Nisso surge o encontro, cada vez maior, hoje explícito, da bioética – a ovelha Dolly, os cinco porquinhos. Hoje, já existe uma técnica de se fazer uma reprodução aparentemente com idêntica projeção genética e, evidentemente, já se pensa no homem. Qual o limite? Até onde é permitido ao

cientista ingressar, fazendo experiências com seres humanos ou mesmo com animais? E existe ou é necessário uma norma expressa disciplinando formalmente as várias hipóteses, negativas ou positivas? Mais uma vez, é o encontro, a meu juízo, da lei com a norma cultural, desde que permitida a pesquisa e a aplicação dessa técnica. Se não ferir aquele sentimento de repulsa ou de aceitação da sociedade, temos de aceitar ou resistir.

No tocante ao exame de sangue, lançaria uma indagação envolvendo não somente o contexto constitucional, que é secundário, pois importante é o contexto jurídico e a própria Constituição. Todos sabem que Kelsen, quando elaborou sua pirâmide, disse: “E a Constituição apóia-se em quê?”. Os formalistas têm dificuldades com isso, enquanto os jusnaturalistas não o têm, porque é algo que ultrapassa o próprio legislador. A realização desse exame de sangue, que, na hipótese, é uma prova, um elemento de demonstração de um fato, há de ser – dentro da bioética, desde que permitido pelo Direito, pela história – sem afronta à dignidade do ser humano. Remeto-me àquela velha norma regente no Processo Penal: ninguém é obrigado a trazer prova contra si mesmo. Num regime totalitário, isso pode parecer um absurdo, pois favorecerá o vadio, o estelionatário, o lavador de dinheiro, mas, numa sociedade que leva em conta princípios, isso não pode ser deixado de ser considerado. Necessário é, portanto, até hoje, que não se

force ninguém a colaborar para a existência de um fato que lhe seja contrário. É lógico que temos as presunções e daí extraímos nossas conclusões.

LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça e Professor da Universidade de Brasília.

POLÍCIAS ESTADUAIS E POLÍCIA FEDERAL
FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO
LUIZ FLÁVIO GOMES

A criminalidade em todas as épocas e em todos os países apresenta uma tônica, uma característica comum, mas, ao lado desta, mostra uma fisionomia que espelha, de certa forma, a época na qual predominou.

Como exemplo, podemos dizer que na Idade Média predominava o banditismo de beira de estrada, onde as pessoas costumavam ser atacadas e assaltadas, quando caminhavam de uma localidade para outra.

Essa fisionomia própria da época determina as medidas do Estado para a prevenção e a repressão desses crimes. Radbruch, um dos grandes juristas que tivemos, filósofo do Direito, deixou um livro que mereceria ser lido por todos, que é *A história da criminalidade*. Numa certa passagem, disse ele que a solução que os governantes da época encontraram para esse banditismo de beira de estrada foi as Cruzadas, por meio de um recrutamento das pessoas, até mesmo com o perdão dos crimes cometidos, para que pudessem combater no Oriente Médio, isto é, para que fossem matar e assaltar longe daquele lugar. Essa foi uma solução típica de uma época. O que não quer dizer que os governantes não devam procurar a solução da sua época.

A tônica da criminalidade está presente na nossa época: os crimes contra o patrimônio, contra o tesouro

público, contra a administração. Estes sempre existiram, desde os gregos e romanos. Mas o que estamos verificando como a fisionomia da criminalidade contemporânea é a criminalidade extremamente violenta, que revela características ainda não detectadas em outras épocas e que se vem utilizando dos elementos criados pela técnica e indústria contemporâneas. Estamos enfrentando hoje o tráfico de drogas de uma maneira nunca vista, o tráfico de armas, um banditismo organizado, quadrilhas, inclusive, com armas superiores às utilizadas pelos agentes de polícia. E é um fato que podemos constatar simplesmente assistindo ao noticiário e lendo os jornais de cada dia.

Precisaríamos – já que não podemos fazer uma cruzada para o Oriente Médio – procurar uma forma de nos organizarmos para podermos enfrentar essa situação nova. Daí surge o problema da organização das polícias e principalmente da divisão de atribuições entre os órgãos das várias polícias, como exemplo a Polícia Federal, as polícias estaduais e agora as municipais, que começam a surgir por força da autorização contida no novo texto constitucional.

Deveríamos indagar se a divisão das atribuições entre essas polícias, de modo tradicional, como tem sido feito até aqui, corresponde às necessidades de uma verdadeira organização moderna que possa estar preparada para o combate da criminalidade contemporânea.

A preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público e privado constitui a missão específica das polícias atuais que, no Brasil, são a Polícia Federal e Estadual nos termos do art. 144 da Constituição.

Na área federal, temos a Polícia Federal, a Polícia Rodoviária Federal e a Polícia Ferroviária Federal; na área estadual, temos a Polícia Civil, a Polícia Militar, o Corpo de Bombeiros Militares e a Guarda Municipal, que vem sendo autorizada pelo atual texto constitucional. Todas essas organizações integram o Sistema de Segurança do país, sendo certo, porém, que a Polícia Civil e Militar, de um lado, e a Federal, de outro, detêm a maior fatia dessa gigantesca tabela.

Vou-me restringir à divisão das atribuições entre a Polícia Estadual e a Polícia Federal, formulando, afinal, algumas sugestões para a revisão das atribuições da Polícia Federal, digo da Polícia Federal porque a Polícia Estadual tem como regra uma atribuição generalizada de combate a todas as formas de criminalidade, e a Polícia Federal é que surge nesse contexto como uma polícia com certa especialização e com divisão de atribuição mais restrita do que a Polícia Estadual.

Parece-nos então que se a Polícia Estadual tem atribuições, como regra, de prevenção da ordem e de proteção dos bens jurídicos mais importantes de cada cidadão e do Estado, cabe-nos

examinar mais especificamente se as atribuições da Polícia Federal estão correspondendo às necessidades de nossa época.

Uma constatação óbvia: a Polícia Federal deve ter atribuições limitadas no conjunto do sistema de segurança pública, incumbindo-lhe por força de previsão constitucional certas tarefas específicas, destacadas do conjunto, não a prevenção e a repressão de todo e qualquer tipo de crime ou de todo e qualquer tipo de agressão à pessoa e ao patrimônio. Essa função ampla e generalizada, repita-se, é da Polícia Estadual. A Polícia Federal não veio para competir com a Estadual e vice-versa. Deve haver uma divisão de atribuições bem nítida entre ambas. Indaga-se se o atual elenco das atribuições da Polícia Federal, constante da Constituição, art. 144, especificado com mais detalhes no Decreto n. 73.332, e outros que vieram depois, apresenta-se como realmente ideal e como o melhor para aquela missão de enfrentar a fisionomia e as características da criminalidade contemporânea. A resposta a essa indagação exige algumas considerações prévias.

A Constituição Federal estabeleceu, no § 1º do art. 144, a participação da Polícia Federal na área de segurança pública, mediante um corte vertical, como quem corta uma fatia de bolo, atribuindo essa fatia à Polícia Federal – deixando a cargo dela os crimes em detrimento da União, de suas autarquias e empresas públicas, os cri-

mes contra a ordem política e social, o tráfico ilícito de drogas, o contrabando e o descaminho e os crimes de repercussão interestadual e internacional, se não me engano. Até hoje essa matéria não foi regulamentada. Nota-se aí uma nítida preocupação de retirar das polícias militares a prevenção e a repressão dos crimes contra a União e as suas entidades.

O furto, que está no Código Penal comum, é de competência da Polícia Federal quando for contra a União ou contra uma entidade da União. Enfim, todo e qualquer crime que possa, de certa forma, atingir o bem ou o patrimônio da União ou de suas entidades é atribuição da Polícia Federal. Esse foi um critério muito simplista de se estabelecer as atribuições da Polícia Federal, de sorte que, tanto é assim, o furto de uma resma de papel, de uma pequena ou velha máquina de escrever que esteja caindo aos pedaços dentro de uma repartição pública é de atribuição da Polícia Federal. Mas a falsificação de produtos farmacêuticos, as quadrilhas que se incumbem de furto de caminhões de carga, a participação de agentes policiais estaduais no crime organizado, os grupos de justiceiros que vivem matando gente na periferia de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e outras grandes capitais do país, tudo isso foge das atribuições da Polícia Federal e cai nas atribuições comuns das polícias estaduais, até mesmo quando os agentes da Polícia Estadual participam dessas quadrilhas, que são investigados por

seus próprios colegas de polícia nos estados.

Queremos enfrentar a criminalidade contemporânea tal como ela se nos apresenta aos olhos? Qual o papel da Polícia Federal frente a esse quadro trágico da criminalidade contemporânea?

O inc. I, § 1º, do art. 144 da Constituição atribui também à Polícia Federal outras infrações, cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e que exijam a repressão uniforme. Vejo aqui uma janela aberta para o futuro. Talvez uma lei complementar, ou mesmo lei ordinária, que viesse a regulamentar esse preceito da Constituição Federal, pudesse tomar uma posição um pouco mais ampla em relação à competência da Polícia Federal, mas não podemos simplesmente querer uma lei que atribua à Polícia Federal mais um rol enorme de crimes contemporâneos, ela já não dá conta do que tem. Iríamos sobrecarregar, de maneira impressionante, a Polícia Federal, de modo a tudo continuar como está.

Se quiséssemos dar uma nova missão, uma nova função à Polícia Federal, deveríamos pensar numa revisão das suas atribuições. Assoberbada com grande volume de inquéritos, sem um critério seletivo, as investigações na esfera federal certamente iriam perder-se em eficiência e rapidez, como já ocorre nos dias de hoje. Quem trabalha no âmbito da Justiça Federal sabe

que os inquéritos, na Polícia Federal, eternizam-se com pedidos de prazo de mais trinta dias, mais trinta dias etc; vão e voltam como o foram, sem nenhum acréscimo e vão-se acumulando nas prateleiras.

Visitei uma delegacia da Polícia Federal, e o delegado estava preocupadíssimo com centenas de inquéritos a respeito de cheques sem fundos, recebidos pelos Correios e Telégrafos. Então, a Polícia Federal não dava conta dos inquéritos sobre cheques sem fundos, alguns nos valores de R\$ 50,00, R\$ 100,00, R\$ 20,00 e R\$ 30,00 de pagamentos feitos nas várias agências dos Correios e Telégrafos de todo o Brasil. Portanto, se mais inquéritos lhe atribuíssemos, certamente estaríamos enveredando por um caminho que levaria a nada.

Voltando à indagação inicial sobre o atual elenco das atribuições da Polícia Federal, respondemos que, com certeza, essas atribuições não são as ideais.

Em razão disso – e não é de hoje –, cheguei até mesmo a encaminhar uma sugestão à Assessoria da Presidência da República nesse mesmo sentido.

Tínhamos defendido, já há algum tempo, a mudança de diretriz na divisão das atribuições entre as polícias, promovendo-se uma grande modernização na Polícia Federal por meio da sua transformação em polícia altamente especializada. Só assim teria senti-

do uma Polícia Federal. Tê-la só porque a União quer ter a veleidade de dizer: tenho a minha polícia e crimes contra mim é a minha polícia que apura!, não há base técnico-científica. Portanto, o sentido de uma Polícia Federal seria: à União Federal, excepcionalmente, porque é uma atribuição de exceção; as polícias, de regra, competem aos estados da Federação; a apuração dos crimes, de regra, compete às polícias estaduais, e não é nosso desejo sugerir que isso seja modificado, pois que as polícias estaduais devem ficar com essa atribuição de apuração dos crimes ocorridos e previstos no Código Penal, seja a Polícia Militar ou a Polícia Civil; a elas deve incumbir a apuração de todos os crimes ocorridos no território nacional, mas tem sentido a existência de uma Polícia Federal para assumir aquelas funções que, de regra, não podem ser assumidas pelas polícias estaduais; entre elas a função de investigar os agentes da própria Polícia Estadual. Não tem sentido atribuir ao agente da Polícia Estadual investigação dos próprios agentes da Polícia Estadual. O corporativismo poderia levar a nada e a fisionomia da criminalidade contemporânea revela-nos que não há quadrilha que se preze que não tenha bons policiais dentro dela, prestando-lhe serviços. Em toda quadrilha estourada há identificação de agentes policiais.

Teria sentido uma Polícia Federal? Sim. Também não quero chegar ao ponto de dizer que os crimes contra a União não devam ser, de certa forma,

investigados pela Polícia Federal, mas não todos. Os crimes mais importantes dos quais a União seria vítima devem continuar na área de atribuições da Polícia Federal, mas não os crimes de pequena importância, não a criminalidade comum, que sempre existiu.

Por que um peculato de papel, de máquina de escrever, de fitas disso ou daquilo ou material de consumo etc., tem de ser investigado pela Polícia Federal? Qual a especialidade que se exige para a apuração de fatos dessa natureza? São fatos que têm de ser investigados, mas não necessariamente por uma polícia altamente especializada.

Nesse sentido, venho sugerindo, já há algum tempo, que, na minha opinião, como base de discussão em torno desse tema, deveria caber à Polícia Federal:

1º) apurar as infrações contra a União conforme se dispuser em lei, quer dizer: o art. 144, inc. I, § 1º, da Constituição, deveria estabelecer a atribuição da Polícia Federal, desde que presentes certos requisitos de gravidade do crime cometido contra a União ou contra suas entidades, ou certa importância, um clamor público ou que viessem repercutir intensamente no aparelho administrativo da União. Esses crimes deveriam ser realmente investigados pela Polícia Federal. Seria bom que houvesse uma expressa ma-

nifestação – vamos dar essa atribuição ao Ministério Público Federal –, este saberia fazer a distinção entre o crime de maior importância ou de menor importância. O crime que caísse na vala comum ou que merecesse uma atuação específica ficaria com o Ministério Público, como já ocorre, de certa forma, na área cível. Quando há uma ação com um grande interesse da União, o Ministério Público intervém no processo e alega esse interesse, deslocando-se o processo para a área da Justiça Federal. Nesse caso, o próprio Ministério Público incumbir-se-ia de requerer um inquérito perante a Polícia Federal, alegando a necessidade de se atribuir à Polícia Federal aquele inquérito contra a União e justificando-o. O pequeno furto, as pequenas apropriações em débito, o cheque sem fundos para os Correios, seriam mais bem apurados e investigados pela delegacia estadual local próxima do fato.

Por que a Polícia Federal tem de se deslocar de uma delegacia regional ou da capital para investigar um cheque sem fundos na divisa do estado?

É para não andar ou não apurar?

É para ficar nesse vaivém de processo que não tem fim. Melhor seria que a própria delegacia da localidade estadual apurasse isso.

O furto contra a União, por acaso, é diferente do furto contra o município, contra o estado ou contra o cidadão comum?

É um crime comum que há dois mil anos vem sendo investigado, apurado e submetido à condenação. Na Idade Média, punia-se por morte o terceiro furto. Não há necessidade de um órgão policial federal para apurar uma apropriação indébita, um desvio, aliás, acho até que nem deveria haver polícia nisso, o inquérito administrativo apura e remete direto para o Ministério Público, não precisa nem de inquérito policial. Com isso se simplificaria, desonerar-se-ia a Polícia Federal de uma série de inquéritos, a meu ver, inconseqüentes.

Criou-se a Polícia Federal nos moldes da Polícia Estadual, para isso não precisava a Polícia Federal. Fez-se uma Polícia Federal, copiou-se a delegacia de polícia, copiaram-se os cargos, fez-se o escrivão de polícia, fizeram-se os agentes de polícia, faltou somente colocar na lei que o delegado federal deveria usar um chapéu quebrado na testa também, porque o resto foi igual.

Foi criada a Polícia Federal para ser uma polícia pretoriana da União, não para ser uma polícia altamente especializada da Federação, o que é outra coisa.

O primeiro passo a ser dado é estabelecer-se na Lei de Competência de Atribuições da Polícia Federal que essas atribuições seriam realmente para apurar os crimes contra a União e suas entidades, desde que ali houvesse um critério de prioridade e de importância do fato criminoso, para que pudesse

ser objeto de apuração, delegando ou atribuindo ao Ministério Público Federal a missão de intervir, de requerer ou requisitar o inquérito pela Polícia Federal. Se, naqueles casos, não fosse requisitado pela Polícia Federal, a maioria deles iria para a delegacia local do bairro ou da cidade onde aconteceu o fato, cabendo à Polícia Federal fiscalizar, saber se estavam, realmente, sendo apurados esses fatos, desde que encaminhados pelas delegacias locais.

O segundo é apurar as infrações previstas na Constituição, que é o tráfico ilícito de drogas e entorpecentes, e o tráfico interestadual, mesmo que não fosse de cunho internacional. O tráfico interestadual está naquela janela aberta, mencionada no início, na própria Constituição, como crimes de repercussão interestadual. É importante que essa competência seja da Polícia Federal, porque atua em todo o território nacional e não tem limitações geográficas; já a Polícia Estadual tem limitações: um agente de São Paulo teria dificuldades em fazer uma apuração em Goiás, no sul ou no norte do país, perto da fronteira com a Bolívia, o que não ocorre com a Polícia Federal. Aqui, sim, a Polícia Federal teria uma ampliação de suas atribuições para poder investigar o tráfico que tivesse significação além das fronteiras de um determinado estado federal; mais ainda, a atribuição de apuração do tráfico internacional de armas – que já é da competência da Polícia Federal – estender-se-ia para ser realizada por

associações, por pessoas ou até por uma só pessoa, quando em volume significativo. A Polícia Federal não vai apurar o tráfico de uma única metralhadora israelense encontrada em um morro do Rio de Janeiro; mas se houvesse indícios de que isso vinha de uma associação ou que haveria um fornecedor freqüente desse tipo de arma, incumbir-se-ia a Polícia Federal de ingressar nesse tipo de investigação.

Seria atribuição da Polícia Federal investigar e reprimir o crime organizado, com exclusividade nos casos expressamente determinados pelo diretor-geral da Polícia Federal ou pelo ministro da Justiça. Como é que se pode pretender que a Polícia Estadual apure o surgimento de um crime organizado, por exemplo, no Piauí, no Pará ou no Amazonas, com implicação de envolvimento de autoridades estaduais? É o que tem acontecido. Agora que uma Comissão Parlamentar de Inquérito, que é de caráter nacional, da Câmara Federal, investiga o óbvio, aquilo que todo cidadão já sabe que existe, começa a aparecer o envolvimento de pessoas de certa importância no tráfico de drogas, no contrabando de armas etc. Os deputados, que estão fazendo essa pesquisa, nem sempre são especializados nesse tipo de investigação. Bastou que uma organização federal tomasse conta do caso para começar a aparecer detalhes que, até hoje, as polícias estaduais não tomaram conhecimento; se tomaram, não revelaram ou pelo menos não apuraram em inquérito policial. A Comissão

de Parlamentares vai para o estado de São Paulo e, daí a pouco, começa a efetivar prisões, uma atrás da outra, de bandidos envolvidos no tráfico de drogas. Por que isso não aconteceu antes? Bastou uma organização, que não está submetida a uma certa hierarquia regional, começar a investigar que tudo aparece.

Nos Estados Unidos, quando surge um problema sério, de ordem regional, o FBI entra. É o que precisa ser feito aqui.

Também não se pode deixar a Polícia Federal com uma atribuição ampla de investigar todo o crime organizado, porque ela teria de ser do tamanho das polícias estaduais somadas, o que é totalmente inviável. Haveria determinação superior para que a Polícia Federal ingressasse na área de investigação do crime organizado, mas em colaboração com a Polícia Estadual. Ficariam as duas hipóteses: se a própria Polícia Estadual sente limitações no caso, pede a colaboração da Polícia Federal que, como regra, deverá conceder. Mas em casos como o do Rio de Janeiro, o de São Paulo e o de outras grandes capitais, onde se percebe que há envolvimento até de agentes policiais no crime organizado, é hora de o ministro da Justiça baixar uma portaria e determinar que a Polícia Federal assuma as investigações.

Caberia à Polícia Federal investigar e reprimir, quando houver determinação do ministro da Justiça ou do dire-

tor-geral da Polícia Federal, a participação de agentes policiais em quadrilhas ou associações organizadas.

Por último, seria, também, da competência da Polícia Federal investigar crimes praticados com violação de direitos humanos – temos o exemplo de Carajás, e vários outros, em que o indiciamento recai até sobre a própria Polícia Estadual como um todo; se está envolvida, bem ou mal, não sei, não estou aqui julgando nem prejudgando o caso, não estou dizendo quem tem ou quem não tem culpa, mas essa investigação tem de ser realizada por uma autoridade que possa manifestar isenção na apuração dos fatos –, quando cometidos contra a coletividade, porque, se nos limitarmos aos crimes contra direitos humanos, a Polícia Federal não teria condições de apurar todos os fatos de tortura, disso ou daquilo que tenham ocorrido em qualquer lugar do território nacional. Porém, quando isso ultrapassasse o mero interesse individual, em que o crime fosse cometido contra a coletividade ou contra um número expressivo de vítimas, a Polícia Federal deveria ser a única a investigar o fato. Com isso, a Polícia Federal perderia o chapéu quebrado na testa, perderia o modelo de cópia das delegacias de polícia dos estados.

Não que esteja menosprezando as polícias estaduais, pelo contrário, acredito serem de uma importância enorme o aperfeiçoamento e a modernização destas, mas cada uma com suas atribuições específicas. Estaríamos dando à Polícia Federal a verdadeira qualificação de federal, ou seja, polícia da Federação, com atribuições altamente especializadas. Não é preciso dizer que até poderíamos fechar muitas delegacias da Polícia Federal e que deveríamos abrir grandes laboratórios científicos, a fim de que aquela pudesse ingressar na fase da investigação científica do crime; deveriam ser ministrados grandes cursos; deveríamos mandar agentes da Polícia Federal fazerem cursos de especialização nas polícias mais adiantadas do mundo ocidental, por exemplo, FBI, *Scotland Yard*, na Inglaterra etc., para que, quando ela pudesse entrar na investigação de um crime, fosse realmente um verdadeiro fantasma para a criminalidade contemporânea. Com isso, a Polícia Federal adquiriria o caráter de altamente especializada.

FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO: Ministro aposentado do STJ.

A bordarei o tema da modernização das polícias, evidenciando duas comodidades: em primeiro lugar, porque pertenci a três instituições do Judiciário e hoje pertencço à quarta, quer dizer, já fui delegado, promotor de Justiça, juiz, hoje aposentado, e, atualmente, estou na advocacia de consultoria. Portanto, conheci essas instituições por dentro. De outro lado, a minha segunda comodidade é a de que já não tenho vínculo institucional com ninguém, ou seja, posso falar das coisas com total liberdade, sem nenhuma amarra institucional. Por isso, sustento minhas idéias de acordo com minhas convicções de professor que sou.

Invocarei, em primeiro lugar, os seguintes temas: as relações das polícias entre si; as relações das polícias com o Ministério Público e com a magistratura. Em segundo lugar, externarei algumas das minhas preocupações a respeito da qualidade das investigações que são feitas neste país.

Inicio esses dois aspectos com uma brevíssima introdução com o Direito comparado. Como andam esses temas que mencionei em termos de Europa? Essas reflexões que fazemos neste momento, sobre a nossa polícia e Justiça, sua eficiência, a segurança pública, é hoje um tema que vira o milênio como o assunto mais importante de todas as nações. O tema mais relevante na década de 1970/1980 foi a globalização do mundo. A informática, ao longo disso, contri-

buiu muito para isso acontecer. Atualmente, o tema que vira o milênio é o da segurança. Não há hoje país no mundo que não discuta esse assunto. Por isso, é importante a oportunidade de encontros como este.

Formalmente, na Alemanha, Itália, Portugal, o Ministério Público controla a investigação. De outro lado, em países como a França, Bélgica e Espanha, o Ministério Público divide essas atribuições com o juiz de instrução, porque ainda existe esse juiz. Em um país como a Inglaterra, por exemplo, a função de investigar é exclusiva da polícia. Isso é o texto e não o contexto. Textual e formalmente há essas divisões de que o Ministério Público comanda a investigação. Na verdade, no contexto real, na vida real das investigações, hoje, na Europa, o Ministério Público não investiga mais coisa alguma. Mesmo nos países onde essa atribuição formal é do Ministério Público, quem investiga, efetivamente, é a polícia.

Na Europa, percebe-se claramente uma autonomia investigativa da polícia em todos os países. Ademais, essa autonomia investigativa ora é fática, naqueles países em que formalmente o Ministério Público é o dono da investigação, ora é fática e jurídica, como na Inglaterra, que jurídica e praticamente já é a polícia. Por isso, querer tirar a investigação da polícia é algo absolutamente contrário à natureza humana; absolutamente impossível. Querer que o Ministério Público se transforme, de

uma hora para outra, num grande órgão investigador é absolutamente contra o natural das coisas. Aliás, na Europa, a maior crítica que se faz ao Ministério Público é a de que se trata de um órgão tendencialmente sedentário, burocratizante e em cujas investigações, portanto, não se confia muito em suas investigações. Não sei se deveríamos, no Brasil, adotar essa postura de que o Ministério Público assumira tudo isso. Isso contraria a natureza das coisas. Quem tem de investigar é, evidentemente, a polícia.

Mas, ao mesmo tempo em que na Europa a polícia investiga, nota-se, hoje, claramente, deslizamentos de poder. Por exemplo: a grande maioria de todas as notícias de delito que ocorre hoje é oficiosamente arquivada pela polícia. Isso acontece também na Europa, não só no Brasil. Os famosos *Classe on Sans Suite* da França, os famosos truncamentos da investigação pararam, não andam mais, quer dizer, isso também acontece hoje com a polícia europeia.

Feita essa introdução brevíssima sobre o continente europeu, vamos para os textos e contextos da realidade no Brasil. Nossa Constituição, no art. 144, traçou, ou pretendeu traçar, as atribuições de cada polícia: Polícia Federal, Polícia Militar e Polícia Civil. Apesar de os textos constitucionais delimitarem exatamente o que cada uma tem de fazer, hoje, neste país, o maior prazer do mundo é investigar. Vivemos um momento investigativo.

Há policiais militares investigando fatos civis, policiais federais investigando crimes da Polícia Estadual e policiais civis investigando crimes que são de atribuição da Polícia Estadual. Temos, hoje, as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) investigando crimes. Deve ser uma coisa muito boa investigar porque está todo mundo investigando. O Executivo investiga por meio de suas polícias. Virando o milênio do Legislativo brasileiro, agora, não há outra função mais destacada do que a de investigação. É óbvio que o § 3º do art. 58 da Constituição garante que as CPIs existam e podem investigar, mas quero salientar os desvios dentro dessas investigações. Atualmente, há até jornalistas e guardas municipais investigando crimes, e o Ministério Público presidindo inquéritos policiais, claramente.

Esse tema que é muito complicado, mas merece destaque é se o Ministério Público pode, ou não, presidir inquérito policial. De acordo com o texto constitucional vigente, acho que não poderia. Já que investigar crimes virou festa nacional, é preciso perguntar com que qualidade esses crimes estão sendo investigados. A população está satisfeita com essas investigações? Estão sendo respeitados os direitos e garantias fundamentais dos suspeitos? A magistratura está cumprindo um papel garantista nesta fase preparatória inicial? Esses são os questionamentos fundamentais. Se de um lado existe a preocupação com a segurança pública, valor constitucional

que todos devemos tutelar, não há dúvida de que investigar crimes e denunciar o crime impune é importante. De outro lado, nunca devemos nos esquecer de que em toda investigação existe privacidade e intimidade violada, imagem estragada e honras que estão envolvidas naquele contexto. Toda investigação que não é sigilosa, é escandalosa e pública, acaba cometendo uma série de injustiças. É o momento de refletir-se se está correto o que essas investigações estão fazendo no Brasil ou se se deve dotar todas essas investigações de mais interesse público, menos do escândalo e do espetáculo. Na França, diz-se: *La justice du spectacle*. É exatamente o que estamos vendo ocorrer no nosso país neste instante.

Estão indo bem as investigações das CPIs? Estamos de acordo que se investiguem tudo neste país, até mesmo as grandes autoridades. Porém, os parlamentares não têm o direito de, quando recolhem documentos ou uma informação sigilosos, no primeiro minuto, expor isso na primeira página dos jornais. Elas não podem fazer isso. Por mais que isso dê ibope ao parlamentar, ele não tem o direito de revelar algo sigiloso de uma investigação. Aliás, não deveria nem sequer revelar a investigação.

De outro lado, no que diz respeito à polícia, estudos clássicos das teorias interacionistas e sociológicas já comprovaram que a polícia atua seletivamente, às vezes discriminatoriamente.

Dentro do nosso contexto brasileiro, notamos claríssimas marcas das polícias em geral: o cartorialismo, a corrupção e a arbitrariedade.

Todos os policiais são corruptos e arbitrários? Em absoluto. Jamais cometeria a injustiça de fazer essa afirmação, mas existe grande parcela da polícia comprometida com o crime organizado. A Polícia Civil do estado de São Paulo, por exemplo, no ano passado, elaborou 2,2 milhões de boletins de ocorrência, instaurou 320 mil inquéritos, havendo aí uma diferença de mais de 1,8 milhão de boletins de ocorrências. Pergunta-se para onde foram estes “1,8 milhão” de boletins de ocorrências? Quem os controlou? Se na Europa eles já estão reclamando dos arquivamentos oficiosos da polícia, um número como esse é estrondoso e não se tem notícia do que aconteceu com eles. Não estou dizendo que a polícia arquivou tudo. Há uma série de fatores por trás de tudo isso que não permite que a polícia funcione como ela gostaria de funcionar. Porém, isso tudo merece controle. Sendo assim, vamos direto para a Constituição Federal. Quem exerce o controle da atividade policial? O Ministério Público. O que este fez para controlar 1,8 milhão de boletins de ocorrência em São Paulo, no ano passado? O Ministério Público tem a função constitucional de controlar, mas não a está exercitando no seu dia-a-dia. Precisamos descobrir onde está o problema.

De outro lado, a investigação é extremamente cartorialista, existe mui-

to papel. Na Comissão de Reforma do Código de Processo – da qual tenho a honra de participar –, estamos estudando esse tema e chegamos à conclusão de que a investigação tem de ser informal. Muitas vezes não é preciso levar o sujeito à delegacia para ouvi-lo. Por que o policial não ouve a pessoa na rua mesmo e faz um relatório? Isso bastaria. Não todas as testemunhas; mas pelo menos deixar de levar à polícia aquelas que não têm relevância, sendo desnecessária uma intimação, com data marcada pelo escrivão. Temos hoje mais escrivães do que investigadores de polícia neste país, o que prova que nossa investigação é cartorialista. Isso tem de ser desburocratizado.

Quanto à corrupção e arbitrariedade, há uma idéia interessante, que começou no Rio de Janeiro, de que é preciso controlar, também, o policial. Todo mundo tem de ter controle. Até a magistratura deverá ter controle externo. Apóio a idéia de que a corregedoria das polícias deveria ser redimensionada, e que dela deverão participar um magistrado, um promotor e um policial, como corregedores internos da própria polícia. Isso em todas as polícias.

Por último, as investigações do Ministério Público estão ganhando hoje, neste país, um cunho midiático, no sentido de que o Ministério Público não agüenta duas horas com uma notícia de delito nas mãos. É como se os sigilos das investigações só valessem, nos

termos do art. 20 do CPP, para a polícia. Todas as investigações devem ser sigilosas. Às vezes, o acusado é totalmente inocente. Por que divulgar na imprensa o nome do acusado e tudo o que está sendo investigado? Do ponto de vista constitucional, é controvertido o tema, se o Ministério Público pode ou não investigar crimes. Mas, na prática, ele já está fazendo várias investigações. E se já está investigando, que tenha compostura, sigilo e cuidado para preservar os valores, investigar bem o crime, apurar a autoria e punir os criminosos. À medida que se divulga muito, perde-se muito das provas.

O debate hoje é em torno da Lei da Mordaza: temos de apoiá-la em parte, sem tolher jornalistas de divulgar, sem tolher o público de falar, pois, em um país democrático, todos têm o direito de falar. No entanto, durante a investigação, ninguém tem o direito de falar, ou correremos o risco de estragar vidas que nunca mais se recompõem. Dou o exemplo de um caso em São Paulo, onde saiu no jornal que um ex-diretor, de família tradicional de São Paulo, Matarazzo, ter-se-ia envolvido em corrupção. Esse homem é culpado? E se for inocente? Um advogado protocolou uma petição investigatória para o Ministério Público, porque já não se procura a polícia, procura-se o Ministério Público, e este chamou a imprensa. Soube por alguns advogados de São Paulo, que o senhor Matarazzo tomou conhecimento de tudo pela imprensa.

Esses desajustes não podem continuar. Deve-se aprimorar a função da polícia. As investigações têm de melhorar, e o valor jurídico e a segurança devem ser preservados. No entanto, não é investigar de qualquer modo, há formas e limites constitucionais. Se de um lado a segurança pública é um valor importante, também o é a imagem, honra, privacidade e intimidade de todas as pessoas envolvidas, não só dos suspeitos. Refiro-me à imagem de testemunhas que ficam intranquias quando o nome delas, de repente, está na imprensa e ela perde a segurança – até porque os nossos programas de proteção às testemunhas nem sempre funcionam bem. Temos de preservar todos que estão sob uma investigação. Isso é, em síntese, um dos valores básicos da modernização, ou seja, trabalhar dentro das linhas de respeito dos direitos e garantias fundamentais, preservando, obviamente, a sociedade. Temos de sobreviver, não podemos entrar no caos que estamos entrando. É preciso investigar e punir dentro dos limites constitucionais.

Encerro salientando que a idéia de juizados de instruções não é uma idéia boa para o Brasil, não vai funcionar e não temos condições de introduzir esse tipo de juizado no país, pois neste é necessário um juiz para investigar o crime e este, evidentemente, não pode, depois, presidir a fase oral e processual.

Li dois artigos recentes, um na imprensa de Brasília outro no do Rio, em

que se salientava que com o juizado de instruções vamos fazer economia porque um juiz só investiga e condena. Mas isso não é juizado de instrução. Quem está escrevendo sobre o tema não sabe o que é isso. Trata-se de um problema gravíssimo. Não podemos concordar com o art. 3º da Lei do Crime Organizado, que atribuiu ao juiz funções investigatórias. Graças a Deus os juízes brasileiros, sabiamente, não aceitaram essa situação, embora a Suprema Corte concordasse em que podiam investigar. Não temos condições de ter juizado de instruções. É muito luxo para um país como o nosso, que não tem condições econômicas.

Destaco também que todo esse debate em torno do aprimoramento das funções repressivas é importantíssimo; mas só melhorar o aparato repressivo não melhora muito a questão de segurança pública.

A prevenção do delito é o nosso grande desafio para o Terceiro Milênio. Não adianta colocar uma *Swat*, uma polícia especializadíssima, se nós não temos programas de prevenção, porque a polícia especializada vai nos ajudar em parte, mas quando ela chegar já será tarde, porque já perdemos nossa vida; nosso patrimônio já se foi. Essa é a questão. Hoje, a moderna criminologia nos ensina que se deve trabalhar naquelas três linhas preventivas que o mundo inteiro civilizado já está colocando em prática: prevenção primária, secundária e terciária. A pri-

mária é ir à raiz do problema nas condições sociais; a secundária é criar obstáculos para a prática do crime; e a terciária é tentar recuperar quem entrou nos cárceres para que não saia dali mais selvagem do que quando entrou. Essas são as três linhas de prevenção do delito que representam o que é correto. Melhorar as polícias está certo, porém, em parte.

LUIZ FLÁVIO GOMES: Professor de Direito Penal do Complexo Jurídico Damásio de Jesus.

**INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. COLETA DE PROVAS. COMBATE À IMPUNIDADE.
INTEGRAÇÃO DAS ATIVIDADES. EFICIÊNCIA**
CLÁUDIO LEMOS FONTELES
RENÉ ARIEL DOTTI

Detenhamo-nos sobre os temas: investigação criminal, coleta de provas, combate à impunidade, integração das atividades e eficiência. Penso que esses itens nos convidam a uma reflexão maior. Temos de olhar para a Constituição da República deste país. No campo processual penal, qual foi, efetivamente, a escolha do constitucionalismo brasileiro?

Quero crer que ela está muito claramente posta no art. 129, *caput*, da Constituição Federal, quando diz: *São funções institucionais do Ministério Público.*

Criou-se uma instituição, ou definiu-se melhor – porque criada já estava há muito – uma instituição a partir de 1988. E diz-se que é função institucional, ou seja, a razão de ser ou uma das razões – porque há outras – de ser dessa instituição: *I. Promover privativamente a ação penal pública na forma da lei.*

Dentro do processo penal brasileiro, foi adotado o sistema acusatório.

E o que é o sistema acusatório, para diferenciá-lo do sistema inquisitório e do famoso juizado de instrução, de que muitos vêm tratando, no momento atual, manifesto aqui a minha oposição. Por quê? Porque no sistema acusatório destaca-se exatamente essa instituição, que não é Poder. Já disse isso e tenho dito nos auditórios: o Ministério Público não é Poder, nem deve sê-lo nunca. Poder

são somente três: Executivo, Legislativo e Judiciário, porque o Ministério Público tem de estar mais solto que um arcabouço de Poder, porque ele tem o compromisso com a sociedade. Então, é pura e simplesmente uma instituição, que se devota, na ótica penal, não à persecução do criminoso, mas ao resgate, por meio do Direito Penal, dos sadios valores de convivência entre as pessoas.

Então, o sistema acusatório cria uma instituição devota à comunidade e lhe entrega a persecução criminal. Situação completamente diferente dos chamados “juizados de instrução”, em que vai vigorar o “inquisitismo”, em que o magistrado plauto vai investigar e vai julgar também.

Isso não me conforta, confesso. Não vivi na Itália. A experiência italiana é uma coisa, mas acho que a experiência brasileira tem de ser outra. A mim me conforta muito mais ver o magistrado como uma pessoa equidistante; que participa, sem a menor dúvida. Mas distante, para bem apreciar a imparcialidade, a nota de essência da magistratura. Como diz Chiovenda: a atividade substitutiva. Ele se substitui, os magistrados substituem as partes. Perfeito Chiovenda aí, na atividade substitutiva como uma das características essenciais da jurisdição, porque ele se põe exatamente nesse plano. O magistrado não tem de se envolver de maneira alguma na formação da pretensão punitiva. Ele tem de ser provocado e sê-lo-á sempre pelas

partes em debate: pela sociedade, que exercita a pretensão de punir e pelo acusado, que exercita a pretensão de se manter livre.

Então, a minha primeira linha de raciocínio, à luz do texto constitucional, estabelece que devemos persistir trilhando o sistema acusatório, em que essa instituição é destacada para isso, ela tem, na ótica processual penal, essa missão, que não deve ser partilhada pela magistratura, que há de ter outra enorme missão: a do controle. A segurança está exatamente no controle isento do que se faz.

Então, partindo desse princípio, pego a investigação criminal. Tem-se debatido enormemente sobre o problema da investigação criminal, mormente nos dias que correm. Setores policiais vêem que a investigação deve ser monopolizada pela polícia. Sou diametralmente oposto a isso. O próprio Código de Processo Penal não nos permite extrair isso, nem tampouco a Constituição no art. 144. Não há da extração constitucional o monopólio da polícia para o trabalho investigatório. O inquérito administrativo, nos delitos funcionais, supre tranqüilamente isso.

Por que querer monopolizar a investigação? Não vejo como de boa orientação o monopólio investigatório, porque, hoje, no mundo da tecnologia, do enorme avanço tecnológico, os fatos ultrapassam a capacidade de certos setores darem a resposta imediata. Como os fatos são tantos e tão com-

plexos, é óbvio que se necessita, para responder à persecução adequada, da criação de várias áreas de investigação, como o Xisto faz todo o sistema de investigação do Banco Central no mercado financeiro; a Receita, em todos os eixos tributários; a própria polícia, em tantos mais delitos. Por que não o titular da ação penal pública? O que impede o titular da ação penal pública – aquele que vai pôr a proposta diante do magistrado e que será avaliado pelo advogado – de também investigar? Não encontro a menor base jurídica, quer em sede constitucional, quer em sede infraconstitucional, a impedir que os membros do Ministério Público investiguem. Não queremos substituir a polícia. Nunca fazer desaparecer a entidade policial, pois ela é vital. Não só ela, mas também o Ministério Público e a magistratura.

Ainda se trabalha muito neste país. Na área federal, isso está mudando, com resistência de setores dentro da nossa instituição e da instituição policial. Na vida não se conseguem as coisas com facilidade. É só dentro desse enorme processo de diálogo, de tentar convencer. Temos resistência no pensamento mais conservador no Ministério Público e pensamento conservador policial. Mas não importa, vamos adiante, já começando o bom senso mormente nas gerações mais novas, nos delegados mais novos; os procuradores mais novos vão-se abrindo para essa outra realidade. As instituições são como seres humanos, mudam a cada dia.

Então, já se desenvolve todo esse trabalho conjunto, de diálogo, para a busca da persecução muito mais eficaz. O que me incomodava profundamente, quando comecei a atuar na área criminal do Ministério Público, é o seguinte: vinha inquérito policial, com o pedido de baixa; e aí: “Sim, pela baixa”.

Quando fui membro do Conselho Penitenciário, passei um mês dando pareceres: o magistrado da execução ia definir. Às vezes olhava o crime do cidadão. Bandido? Não. Feroz? Não. E eu a 15 km de onde estava o sujeito preso. Perguntei-me: que tipo de homem é você que não está decidindo, mas que tem um pronunciamento do magistrado e do Ministério Público que o considerarão, sem saber sequer a cor dos olhos deste homem que está a 15 km de você? Por que não vai falar com ele? Quer dizer, vinham aqueles inquéritos para mim e eu não me envolvia. Então, passei a mudar isso.

Fizemos uma resolução no Ministério Público Federal, pela qual o membro do MP, quando recebe o pedido de baixa do delegado da Polícia Federal, primeiro avalia se é o caso ou não de baixar os autos do inquérito, porque ele é o titular. Se ele concordar, que se discrimine, tanto quanto possível, por que motivo aquilo voltará. Seria muito útil se eles solicitassem a baixa para as complementações de diligência. Seria fundamental que a polícia fizesse isso e houvesse um intercâmbio. Não quero acabar nunca

com a polícia. Só não quero que fiquemos como temos estado. As pessoas acham que a polícia trabalha para juiz, mas não trabalha para ninguém. Trabalha para ela própria e para a sociedade também. É certo que o trabalho do delegado ou agente de polícia esteja ligado a um membro do Ministério Público. É um trabalho natural. Com muito gáudio, vi aqui uma proposta de projeto de emenda constitucional sobre o novo modelo de polícia para o Brasil, que foi entregue por auditores. É um trabalho extraído do Foro Nacional de Ouvidores da Polícia – vários deles de entidades da sociedade civil brasileira, juristas, professores renomados –, que foi entregue ao presidente Fernando Henrique Cardoso e ao presidente da Câmara, Michel Temer, e ao senador Antônio Carlos Magalhães, presidente do Senado. Sem prejudicar a corporação da Polícia Militar, creio que esta tem de mudar completamente. É o que se propõe. Não faz mais sentido uma polícia treinada para a guerra. A palavra “militar” significa ir para a guerra, defender o país. Não quero o desemprego dos coronéis, dos majores, dos capitães, tenentes, sargentos, soldados. Só creio que deva ser mudada essa filosofia. Teremos uma única polícia preventiva, que está ostensivamente mostrando-se como anjo da guarda da comunidade. E aquela outra polícia que se dedica a estar conosco, uma única só, Polícia Civil, no trabalho da repressão dos infratores. Essa é uma das linhas de apresentação dessa proposta. A outra proposta, dentro dessa coerência de trabalho,

junto conosco, como missão do Ministério Público e da polícia também, é requisitar documentos por via investigatória, diretamente ou em concurso com a polícia. Temos de estabelecer um concurso. Tem de ser o nosso dia-a-dia para o combate eficaz da criminalidade. E tem de haver o concurso de Ministério Público e polícia, e não ficar mandando ofício. Acaba, portanto, o inquérito policial. Esse negócio de áudios é medieval. Vem aquele papel amarelo. Não precisa disso, basta que se substitua por um relatório circunstanciado. O trabalho hoje estaria informal. E o defensor tem acesso a tudo isso quando quiser, pode até querer trancar, requerendo por certidão, e somos obrigados a conceder, pois é um direito constitucional: o direito à informação. O doutor Dotti requer por certidão o que se tem contra alguém e entrega-se a ele o que se tem. Ele lerá e postulará o magistrado se se trancará ou não. Esse trabalho investigatório tem de ser informal, porque ele é preparatório. Não é processual, mas estou preservando as garantias. Claro que, no processo, vamos para garantias maiores devido ao processo legal. A esse trabalho pré-processual a defesa pode e deve ter acesso, mas não pode, naquele ponto, comandar nada, porque é um trabalho de polícia do Ministério Público para o combate e a formação da pretensão punitiva. Na formação desta, a defesa não pode estar sendo excluída, até porque não há ainda pretensão punitiva. Mas se aquilo incomoda a pessoa na investigação, o defensor tem todo

o direito de ter o acesso, receber e tomar as providências cabíveis, em um *habeas corpus*, por exemplo, para trancar aquele trabalho. Mas creio que não foram muito felizes ao tirarem esse caráter formal. Acaba-se com o carimbo e os tais pedidos de baixa, e fazemos algo informal. Isso me parece muito importante.

Então, temos:

d) controle de insuficiência das provas na ação penal e no desenvolvimento válido, regular do processo penal.

Eles querem dizer com isso que há de se evitar o recebimento judicial de uma pretensão punitiva, sem um melhor exame, por força do magistrado. Muitas vezes colocam numa via: "Recebo a denúncia. Cite-se". É um trabalho mecânico. Eu não faria dessa forma em nível constitucional. Obrigaria a instauração do contraditório prévio em todo e qualquer rito processual penal. Sempre que feita uma acusação pública ou privada, o magistrado, antes de denunciar o juízo de admissibilidade, necessariamente, tem de abrir vista ao acusado. O acusado responderá. Nesse caso, entendo o chamado "controle", insuficiência do *fumus bonis juris*. Dada a oportunidade ao acusado de, *prima face*, responder aos termos da acusação pública ou privada, aí sim, o magistrado faria esse controle motivado sobre o *fumus boni juris*.

Auto de prisão em flagrante impõe, uma vez comunicada – como é uma

exigência constitucional a prisão ao magistrado em flagrante – uma decisão, ainda que breve, do magistrado sobre manter ou não a prisão em flagrante, com um mínimo de fundamentação. Acho isso vital. Parece-me que não pode haver o argumento: “Ah! Tenho muito trabalho”. Que se impeça o exercício do direito de defesa, que a

pessoa não tenha contra si, por um mero ato de constatação objetiva – que é sempre perigoso – uma prisão provisória.

CLAUDIO LEMOS FONTELES: Subprocurador Geral da República.

O momento é muito importante, pois estamos vivendo no Estado democrático de Direito, quando o Poder Judiciário interpreta papéis relevantes e que se consubstanciam até mesmo na participação dos processos sociais. O magistrado não pode mais ser confinado naquela tarefa de aplicação da lei, assim como se queria uma filosofia do nacional-socialismo, usando a imagem dos soldados que deveriam cumprir as ordens, os magistrados deveriam aplicar as leis. Depois da Segunda Grande Guerra, notáveis filósofos do Direito Penal demonstraram que existe direito acima das leis e existem leis nulas. A demonstração disso foi levada ao Tribunal de Nuremberg, juízes que faziam má aplicação da lei.

O juiz moderno não é apenas um aplicador da lei, mas também o intérprete do seu espírito e deve contribuir, sim, decisivamente – esse é um de seus papéis sociais relevantes – para a elaboração legislativa. Entendo que os magistrados e os advogados devem contribuir juntos com o Ministério Público, porque, afinal, representam as frentes de luta da realização do Direito na elaboração do processo legislativo, na participação de comissões que elaboram anteprojetos e projetos, além das categorias profissionais, representando sindicatos, associações e o próprio Poder Legislativo, porque a lei deve ser evidentemente a síntese de uma aspiração coletiva, representada inclusive diretamente por esses setores. Colocamo-nos inteiramente a favor de

fazer com que o inquérito policial não se transforme em um feudo de impunidade, à medida que a demora na apuração do fato, o esmaecimento das provas contribuem decisivamente para a perda de substância de elementos fundamentais que devem compor o quadro da verdade material. Fiz uma palestra para o Ministério Público do Rio Grande do Sul e lá apresentei um trabalho que depois converti em texto escrito com o título “Polícia Judiciária e Ministério Público, relações formais e desencontros materiais”. Já naqueles anos 1980, antes mesmo da Constituição, mais precisamente em 1985, sentíamos determinado tipo de confrontação entre setores do Ministério Público e setores da Polícia Judiciária, quando na verdade deve haver uma integração operacional entre o Ministério Público e o poder de polícia para reunir os elementos necessários à ação penal, que é de iniciativa privativa do Ministério Público.

Não se pode conceber que um advogado, que deva reunir os elementos para propor uma ação cível, por exemplo, não conte com o trabalho de assessores, de técnicos que podem orientá-lo a elaborar aquela petição inicial a ser apresentada em juízo. E o que temos visto ao longo dos anos – vai aqui um depoimento de um advogado que se formou e advoga há muitos anos – é, muitas vezes, um tormento de Sísifo, o inquérito policial. Sísifo foi condenado pelos deuses gregos a rolar permanentemente um enorme rochedo montanha acima; quando

chegava quase no alto da montanha, a pedra caía, e ele se obrigava a renovar aquele tipo de trabalho. O inquérito, muitas vezes, é o tormento de Sísifo, e o tormento não é de Sísifo somente, é dos protagonistas do processo, entre eles as testemunhas: *Doutor, é a quarta vez que estou vindo aqui hoje. Dizem, às vezes, as testemunhas no corredor do fórum. Eu já prestei depoimento para um agente policial que foi a minha casa, perguntou-me algumas coisas. Depois, fui chamado à delegacia. Dei um depoimento escrito na delegacia e fui ao juiz. Agora, disseram-me que anularam o processo e estou aqui de novo.*

E, no Tribunal do Júri, isso se repete várias vezes a um tipo de testemunha reincidente específica em determinado tipo de depoimento. É preciso que esse surrealismo tenha um basta. Aliás, vivemos em muitas circunstâncias no processo criminal o “teatro do absurdo”. Nós, profissionais, devemos exercer junto com os magistrados, o Ministério Público e o poder de polícia uma função crítica, dentro desse “teatro surrealista”. Não podemos aceitar o papel de atores, de diretores do *script*, o papel dos cenógrafos, do contra-regra, porque senão estaríamos todos envolvidos com o “teatro do absurdo”. Temos de assumir o papel na platéia para aplaudir ou para vaiar aquele espetáculo.

Concordo com a idéia de que uma das práticas corriqueiras da justiça criminal é a baixa dos autos. Baixem os

autos, porque, muitas vezes, é melhor pedir a baixa dos autos do que oferecer uma denúncia que tem várias linhas. Isso não é feito com o controle que o próprio código estabelece de que o inquérito somente deve baixar quando precisar de elementos indispensáveis ao oferecimento da denúncia. Tenho visto também muitas reuniões de trabalho, de instituições ligadas ao Direito, que congregam somente os profissionais daquela área; por exemplo, reunião de juizes para tratar dos interesses não só da magistratura, mas também das questões acadêmicas para as quais a magistratura deve-se voltar: as questões de Direito, a interpretação de novos textos de lei. Essas reuniões, em separado, do Ministério Público, da Defensoria Pública e da polícia – essa ausência de comunicação –, têm sido manifestamente hostis à síntese que se deve ter de um trabalho integrado entre as instituições. Vemos, por exemplo, nas rebeliões carcerárias, situações dependentes de investigação; nas cadeias públicas, que há manifestações de violência, que deixaram de ser um problema localizado, um problema da administração penitenciária, para ganharem conotação pública, tendo em vista que cada rebelião carcerária traz consigo um gravíssimo problema social para a segurança coletiva: o seqüestro, o homicídio, a ameaça, a lesão corporal etc. É preciso, realmente, dar um basta nisso!

Participamos de um grupo de trabalho, nomeado pelo ministro da Justiça, que inicialmente pretendia

trabalhar numa reforma da parte especial do Código Penal, e ponderamos que o fundamental não era cuidar, nesse momento, de uma reforma da parte especial do Código Penal, porque nós ainda não conseguimos realizar o milagre da consolidação das leis penais. Sabem, os estudantes de Direito, quantas leis especiais temos atualmente? Quantos diplomas e leis criminais especiais temos? Mais de 120 entre leis e decretos-leis. Temos mais de 120 diplomas. Isso cria para os operadores do Direito uma situação do Direito Penal do terror, porque, historicamente, o Direito Penal do terror é aquele que se voltava contra os hereges, contra os dissidentes ideológicos. Hoje o Direito Penal do terror se volta contra os trabalhadores e o próprio Direito Penal. A máxima de que o conhecimento da lei deve ser presumido cai por terra, porque há normas penais que não são conhecidas pelos profissionais da própria área criminal. Temos, neste grupo de trabalho, entre outros, alguns indicadores de um diagnóstico preliminar. Referir-me-ei somente a dois deles, que dizem respeito à criação de mecanismo que permita integrar as polícias civil e militar. Não é mais tolerável a carência de entrosamento dessas instituições à medida que ambas realizam atividades superpostas que objetivam igual finalidade: a prevenção e a repressão das atividades criminosas. A inaceitável separação operacional das duas polícias dá ensejo à duplicidade dos atos policiais, à criação de um clima de rivalidade e ao desperdício de recursos públicos.

Por outro lado, parece-nos indispensável o chamamento do Poder Judiciário, do Ministério Público, da polícia, em nível federal e estadual, para implementação de uma política de articulação entre as escolas de preparação de magistrados, de promotores públicos de Justiça, de delegados de polícia, de forma a possibilitar a tais operadores o exame em conjunto da atual situação do sistema de Justiça criminal, interagindo-os em suas atividades e preparando-os para uma atuação criativa e crítica no contexto social e para o atendimento da população de que são servidores.

Já há, em curso, discussões a respeito do inquérito policial. Estes desencontros materiais entre o Ministério Público e o poder de polícia fazem com que tenhamos, historicamente, de fazer a opção. A investigação criminal indubitavelmente deveria ser atribuída ao Ministério Público com a colaboração do poder de polícia, porque não é possível dispensar essas atribuições, fundamentalmente importantes, que a Constituição estabelece, mas dispondo de um tipo de orientação normativa de maneira que a hegemonia da investigação coubesse ao Ministério Público. Não se pretende com isso tirar a importância dos órgãos policiais. Sabe-se muito bem que o levantamento do exame do corpo de delito, por meio do agente policial, do técnico em perícia criminal, que a colheita dos elementos de prova dependem de um trabalho físico extraordinário, de um trabalho de campo; o

cumprimento das ordens de prisão é uma das mais importantes e mais sacrificantes tarefas de risco da atividade policial. Tudo isso não pode perder a sua natureza. Em relação à direção da investigação criminal, na qual se pretende comprovar determinado fato típico para o efeito de se propor a ação penal, teremos de fazer uma opção. No âmbito dos anteprojetos da reforma setorial do Código de Processo Penal, já há um avanço nesse sentido. Existem três tipos de procedimentos do poder de polícia em relação aos fatos delituosos: em primeiro lugar, o termo circunstanciado para as infrações de menor potencial ofensivo é, como todos sabem, a narrativa sumária daqueles aspectos fundamentais do crime: suas circunstâncias, a autoria, a vítima, a requisição de determinado tipo de exame, por exemplo. Além do termo circunstanciado, um outro tipo de procedimento é a apuração sumária para determinado tipo de infração de média gravidade. Em terceiro lugar, a instauração do inquérito, quando houver requisição do Ministério Público, porque há situações de complexidade que exigem naturalmente uma investigação policial mais aprimorada. Sentimos, muitas vezes, que a convivência funcional entre o delegado de polícia, que está muito bem interessado na apuração do fato, e o promotor de Justiça caminha muito bem. Quantas vezes nós, advogados, procurados pela família da vítima em determinado caso, por exemplo, em que o crime tenha grande repercussão,

um crime de homicídio, dirigimo-nos ao procurador-geral de Justiça para designar, no caso, um promotor especial, não por desconfiança do poder de polícia, mas pela necessidade de um trabalho conjugado, porque, realmente, é o promotor de Justiça quem irá fundamentar um pedido de prisão preventiva, embora a autoridade policial também possa fazer a representação. O promotor de Justiça faz o elo entre o poder de polícia e o Poder Judiciário.

É indispensável que esse trabalho seja conjugado. Não podemos conceber uma separação funcional entre o Ministério Público e o poder de polícia. Acresço, ainda, em determinadas circunstâncias, não em um caso de investigação, obviamente, o trabalho conjugado dos defensores públicos, numa área mais diferenciada como, por exemplo, a área da instrução criminal, a área de execução da pena etc.

Gostaria de salientar alguns outros aspectos como, por exemplo, um anteprojeto sobre perícias que mantém, como perito oficial, um perito só. Volta, portanto, àquela orientação da súmula de que não haveria nulidades se a perícia fosse feita por um só perito, sendo ele oficial. Não havendo perito oficial, haveria duas pessoas com habilitação para fazer o exame de corpo de delito. Com isso, conseguir-se-á, sem dúvida nenhuma, a diminuição de um entrave que ocorre quando se exigem dois peritos oficiais para a

elaboração do laudo, assim como estabeleceu a lei de 1994.

Um anteprojeto sobre um interrogatório que garante a participação das partes na fase da instrução. Entendo que um interrogatório não é um ato processual de monopólio do juiz, não é ato em que o juiz diz, por exemplo, para o réu: *O senhor só fala comigo, só olha para mim, por favor*, como se estivesse preocupado em dominar a cena em que o réu quer distribuir com o seu defensor ou com o procurador. Mas não o procurador, porque os procuradores não vão mais às audiências de interrogatório. Os promotores também não participam da audiência do interrogatório, porque não têm o que fazer, não lhes é permitido perguntar. Felizmente, já há um grande número de magistrados que, depois de colher o interrogatório do réu, pergunta se as partes têm questões a formular, como acontece com o depoimento pessoal no cível.

Muitas vezes, se o promotor de Justiça ou procurador, conforme a natureza do caso, ouvir o interrogatório, poderá ter uma modificação até no procedimento de investigação da causa; poderá pedir absolvição depois do próprio acusado. Nesse ponto, o interrogatório tem uma nova perspectiva com a possibilidade de repergunta das partes.

A investigação policial está submetida, portanto, a esse tipo de critério, no qual há a facilitação dos meios de

prova. O inquérito policial, em uma etapa sumária, por exemplo, deve ter, sem dúvida nenhuma, uma formação mais sumária. O depoimento testemunhal poderá ser oral ou informal e ser realizado em qualquer local, bastando que seja transcrito nos autos da investigação o resumo relatado de quem entrevistou a testemunha. O policial toma conhecimento da existência de uma testemunha, ouve o que a testemunha tem a dizer a respeito do assunto, faz um relatório e pronto. Esse elemento de prova já está indicado para que o Ministério Público possa requerer isso em juízo. Quando as informações da testemunha forem complexas, a autoridade policial a intimará para prestar o seu depoimento na sede do serviço, reduzindo a termo na íntegra o que for dito nas próprias palavras da testemunha. Sempre que possível, o registro do depoimento do suspeito ofendido e das testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, inclusive audiovisual, estenotipia ou outro meio idôneo destinado a obter a maior fidelidade das informações. Nesse caso, será encaminhado ao Ministério Público o registro original sem necessidade de transcrição. Admita-se, portanto, a existência de um depoimento colhido pela autoridade policial em que haja gravação desse depoimento com o recurso audiovisual. É evidente que essa testemunha, mais tarde, não poderá impunemente pretender mudar o seu depoimento, porque há um registro, não só magnético como visual.

Em suma, são aspectos novos, porque devemos nos modernizar em relação à colheita das provas. Estamos em uma transformação, extraordinária, com os recursos tecnológicos do computador e da internet. Não é possível que trabalhemos a investigação criminal com fórmulas e com determinados atos evidentemente desatualizados e comprometedores, portanto, de uma apuração da verdade material.

De nada adianta, nas aulas que proferirmos, falarmos sobre princípios do processo penal com o princípio da verdade material, ou princípio da imediação, ou princípio da oralidade se não estamos praticando isso. A oralidade, que deveria ser, por exemplo, no processo civil sumário, ou no processo criminal sumário, uma característica importantíssima, perde sentido, quando, por exemplo, as partes solicitam um prazo para elaborar memorial. Quando advogados, promotores de Justiça e juízes estão cansados, há um acumplicamento diante da circunstância do cansaço, porque o advogado pede vista, pede prazo, o promotor pede prazo, e o juiz concede o prazo. O advogado vai para a sua casa ou para o seu escritório fazer o seu memorial para persuadir, porque não basta dizer como ocorreram os fatos e dizer qual é a tese da defesa. Ele precisa encontrar um acórdão, uma doutrina, forrar aquele seu memorial de citações. O promotor de Justiça, sabendo que vem “chumbo grosso”, também baixará sua estante para fazer as suas citações. O juiz, sabendo

que virá do pedido de prazo uma controvérsia real no debate, também estudará muito para sentenciar. Isso faz com que a sentença não saia em audiência, quando o advogado, o juiz e o promotor deveriam se preparar para aquela audiência para se obter uma decisão compatível com o interesse não só da oralidade como da celeridade.

Os advogados são contrários a isso? Não. É um processo a menos que temos para levar para casa ou para o escritório. Poderão haver dificuldades. É preciso, então, o estudo prévio da causa. Não é possível haver improvisação durante essa fase importante de instrução e julgamento da causa.

Essa burocracia não ocorre somente em relação ao Ministério Público, quando pede a baixa dos autos ou quando a polícia solicita uma nova devolução de prazo. Isso pode ocorrer, e também ocorre, nos processos judiciais, quando o juiz diz: *Diga o autor*. O autor diz: *Diga o réu*. O réu diz: *Diga o autor*. O advogado diz: *Já disse. Agora diga V. Exa.*

O fundamental de tudo isso é que estamos provocando a crítica do sistema. Parece-me absolutamente necessário que se faça isso. Nos anos 1960, quando se pensava em reforma do sistema positivo, eram os anteprojetos com grandes discussões acadêmicas: saber se o dolo integrava o tipo, se integrava a ação. Como é o dolo? Aqueles segredos que estávamos desven-

dando nos anos 1960 são, absolutamente, nos dias de hoje, segredos de Polichinelo.

Hoje há uma nova mentalidade, não só determinada pela multiplicação dos interesses do progresso da sociedade, mas uma mentalidade crítica em relação a determinados dogmas, ícones, mitos. Esse é realmente o papel do profissional do Direito: não se acomodar a determinados mitos, ícones, ou a situações postas. Parece-me de grande inteligência aquela paráfrase de um excelente humorista do Direito que disse: *Penso, logo hesito*.

(*Penso, logus cogito ergo sum*, quer dizer: *Penso, logo existo*, de René Descartes.)

Este é, sem dúvida nenhuma, o momento de pensar, de refletir sobre o sistema posto para ver suas mazelas e tentar atenuá-las; se não for possível, corrigi-las.

RENÉ ARIEL DOTTI: Professor de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Paraná.

**CRIMES DE INFORMÁTICA. VALOR LEGAL DO DOCUMENTO ELETRÔNICO.
LEI N. 9.800/99: PETIÇÕES VIA E-MAIL. SIGILO DE DADOS DE COMUNICAÇÃO**

JUAREZ TAVAREZ

JOSÉ HENRIQUE BARBOSA MOREIRA LIMA NETO

Os crimes de informática, assim denominados, constituem um tema absolutamente etéreo. Realmente, é um tema difícil de equacionar em termos de Direito Penal. É fruto do que se denomina pós-modernidade. Antes de entrarmos especificamente no tema, é preciso situar esta matéria. Evidentemente a pós-modernidade é muito mais significativa para nós, brasileiros, que vivemos essa fase da globalização, do que se pode imaginar. É também a pós-modernidade que possibilita que duas pessoas antagônicas militem em um mesmo time de futebol. A pós-modernidade tem uma característica especial. Ela trouxe para o campo do Direito uma alteração profunda de rumos.

Na chamada “modernidade”, que se inicia com a postura kantiana de Direito, o que se buscava era uma justiça nas decisões. A postura kantiana de Direito era estratificada por meio de uma única fórmula: embora uma sociedade possa se dissolver em determinado momento, dizia Kant, na fundamentação da metafísica dos costumes, é imprescindível que se julgue o último criminoso que se encontra nas prisões, embora isso não tenha a menor serventia nem qualquer eficácia, porque com isso se satisfaz um princípio de justiça. Essa era a preocupação da modernidade: a busca da justiça. A pena criminal era evidentemente entendida como um instrumento de justiça. Procurava-se, mediante o princípio da retribuição, satisfazer a justiça de

qualquer forma, combatendo a injustiça resultante da prática do crime. Esse dado kantiano é importante salientar, porque à medida que na modernidade se buscava a justiça, também se buscava a estratificação de conceitos penais e, especificamente, a materialização de objetos de proteção e de fundamentação de incriminações. Quando se diz, por exemplo, que a vida humana é algo que se protege, sabemos que se protege, porque é uma coisa que vemos diariamente; vemos pessoas vivas que estão aqui e vemos pessoas que morreram e que já não estão mais aqui. À medida que estabelecemos este propósito de buscarmos uma justiça, é necessário que se estabeleça um conteúdo material para fundamentar todas as ações ou tarefas na busca incessante dessa justiça. Esta era exatamente a retratação da justiça da modernidade.

À medida que, entretanto, a sociedade vai evoluindo, essa retratação da materialidade dos objetos vai sendo substituída por outros fatores e, gradativamente, vai-se perdendo conteúdo material das coisas. Isso se pode notar, por exemplo, nitidamente, na teoria alemã do delito, ou na teoria alemã em geral que trata do Direito Penal. Fiquei um tempo na Alemanha e pude perceber como isso evoluiu de um dado material, de uma busca incessante da justiça, para um conteúdo absolutamente abstrato, para situações de simulação de realidades de objetos que não correspondiam, em absoluto, a qualquer objeto material.

Pode-se ver, por exemplo, a evolução de apenas um dispositivo legal, o art. 129 do nosso Código Penal, que trata da lesão corporal. É um artigo que corresponde a outros iguais em todos os códigos do mundo. Daremos o exemplo apenas para mostrar a orientação para depois entrarmos nos crimes de informática.

Dizia-se assim: pune-se aquele que ofende a integridade corporal ou a saúde de alguém, porque o bem jurídico protegido é especificamente a integridade corporal e a saúde da pessoa. Portanto, não havendo ofensa à integridade corporal ou não havendo ofensa à saúde, não há violação do bem jurídico. Os alemães começaram a desenvolver uma tese de que na lesão corporal não se ofende a integridade corporal, mas o interesse na manutenção da integridade corporal. E, por isso, diziam eles, é possível justificar uma série de atos que efetivamente violam a integridade corporal, tida como um objeto materializável, mas não violam o interesse na sua manutenção, e, assim, pode-se caracterizar esses atos como atos atípicos. Um exemplo: o célebre ato de furar as orelhas dos bebês do sexo feminino para que ali se ponha um brinco para ser usado pela vida toda. Esse é um ato materializável, uma lesão corporal. Há uma efetiva violação da integridade corporal. Há dor, sangue, inchaço no local, inflamação; e aí se diz: mas o interesse era outro, não era a manutenção dessa forma de integridade, era para ajustar a integridade corporal a momentos de expectativa, de estética.

O mesmo se passa no campo de delitos patrimoniais e especificamente no campo dos delitos de informática. Quando vemos, por exemplo, a grande discussão que se travava nos anos 1960 acerca do conceito de documento para fundamentar os crimes de falso, hoje parece que essa discussão perdeu a razão de ser. O que se discutia em 1960 era o seguinte: o que caracterizava um documento? Havia uma série de elementos que se agregavam ao conceito de documento para caracterizá-lo como tal. Dizia-se: o documento é um escrito que possui um conteúdo com relevância jurídica e cujo autor é identificável, embora no momento em que tenha sido escrito não seja identificado, pode, no futuro, ser identificável. Esse conceito de documento está precisamente descrito em uma obra de Maurar, um professor da Universidade de Munique, quando analisa os crimes de falso. Dizia assim: “Os crimes de falso têm como objeto fundamental o documento e o conceito de documento é exatamente esse”.

No Brasil, esse conceito foi reproduzido por vários autores, desde Heleno Fragoso até os nossos modernos autores didáticos. Todos eles repetem a mesma formulação da teoria alemã de 1960. Mas um detalhe apenas começou a demonstrar que esse conceito poderia não se ajustar muito a determinadas situações. Suponhamos que em uma eleição haja uma contagem manual dos votos, como ainda é comum em algumas regiões do Brasil, e o scrutador, vendo uma cédu-

la em branco, assinala com um “x” o candidato de sua preferência. Imediatamente outro escrutinador percebe a fraude e chama a atenção do juiz eleitoral. Surge, então, uma enorme discussão: será que aquele objeto que foi alterado – a cédula eleitoral – constitui efetivamente um documento? A discussão é muito grande, porque o Código Eleitoral é muito falho na identificação de atividades criminosas. Ele apenas caracteriza como delito o ato de fraudar os mapas apuratórios e não especificamente o ato de fraudar a cédula eleitoral.

Para o conceito de documento, perguntava se é um objeto escrito. Evidentemente é. Contém uma manifestação de vontade? O voto em branco é uma manifestação de vontade no regime democrático. É relevante juridicamente, mas falta um elemento fundamental: o autor não é identificável. O autor da falsificação é identificável? Sim. Mas para que haja uma identificação do autor da falsificação é preciso que se identifique também o autor do documento que se vai proceder à falsificação, e, pelo princípio do sigilo do voto, não é possível identificar o autor da cédula em branco. O conceito do documento tradicional já começou a sofrer uma certa variação.

Imaginemos agora, no âmbito da informática, como esse conceito se modifica substancialmente. Passemos a considerar que o armazenamento de dados magneticamente configurados num disquete constitui um documen-

to. Constitui ou não? A falsificação que se procede, por exemplo, numa declaração de vontade que está gravada em um computador constitui efetivamente uma falsidade material daquilo que ali está gravado? Esse é um conceito difícil de ser apreendido, porque estamos acostumados a trabalhar com conceitos materializáveis e estamos trabalhando na pós-modernidade, com conceitos que são absolutamente abstratos, que não são perceptíveis senão por meio de um processo eletrônico de verificação. Esse é um fato importante para demonstrar que os delitos de informática têm importância substancial na atual situação do Direito Penal.

Um outro problema também fundamental é que nós, no Direito Civil, por exemplo, costumávamos sempre dizer que há uma diferença substancial entre coisas fungíveis e coisas infungíveis. E que o dinheiro era, por excelência, uma coisa fungível. Isso é repetido no Código Civil. Quando tenho um depósito bancário e promovo a transferência desse depósito para outra conta, será que transferi dinheiro ou transferi apenas símbolos de valor? Onde está a fungibilidade do dinheiro em razão desse fato da substituição? Posso substituir por um outro fato igual ou não? Por um outro objeto igual? Mas aquilo ali não era objeto e sim uma mera identificação simbólica de objeto. Esse é um outro problema que surgiu desde o início em relação aos crimes de informática. Por isso os autores modernos começam a

despertar para fundamentar um Direito Penal próprio relativo aos delitos de informática. Já se começa a discutir se é viável ou não a formulação dos chamados “delitos de informática”.

Algum tempo atrás, poder-se-ia notar, por exemplo, que havia uma dificuldade inicial de se compreenderem os chamados “delitos econômicos”. Lembro-me de que em uma ocasião eu estava em Belo Horizonte com o ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, participando de um seminário na Universidade Federal de Minas Gerais. Discutia-se um fato interessantíssimo: a diferença entre um delito econômico e um delito contra o patrimônio. Um professor de Minas Gerais disse que não havia diferença, que um delito econômico era, por excelência, um delito patrimonial. Para o Ministro Sepúlveda Pertence, por sua vez, há uma diferença substancial entre o delito econômico e o delito patrimonial, porque o delito patrimonial alcança o patrimônio de uma pessoa, física ou jurídica, mas determinada. O delito econômico é um delito que ofende uma ordem pública econômica que não é algo palpável, faz parte da política econômica do próprio governo e da estrutura capitalista do Estado.

Aqui surge o mesmo problema. Qual é a diferença entre um delito de estelionato puro e simples e um delito de estelionato praticado por meio da informática? O art. 171 do Código Penal define o estelionato dizendo o seguinte:

Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.

Imaginemos duas hipóteses: na primeira, uma pessoa obtém indevidamente o cartão magnético de uma terceira pessoa, vai a uma máquina de banco 24 horas e retira o dinheiro. Constitui estelionato? Houve induzimento em erro? A quem? Quem que foi induzido em erro? A máquina foi induzida em erro? O banco foi induzido em erro? A segunda: alguém penetra, por um sistema sofisticado, no sistema de computação de um banco onde tem, ao seu dispor, todas as contas de seus clientes. Lista, então, algumas contas bancárias e repassa o dinheiro dessas contas para uma outra conta. Quando os clientes chegam no outro dia ao banco não têm mais dinheiro nas suas contas. Constitui isso estelionato? Onde está o induzimento em erro ou a manutenção em erro? Onde está a pessoa que foi enganada? Há uma dificuldade inicial de estabelecermos, desde logo, uma tipificação diferenciada para essa modalidade de ação criminosa, porque essa ação criminosa não se compreende exatamente nos ditames da tipicidade do art. 171 do Código Penal.

Com isso, estamos em uma situação em que temos de estabelecer uma diferenciação entre um delito comum e um “delito de informática”. Houve inúmeros critérios que procuravam

identificar esse tipo de identificação do delito de informática. O primeiro critério era o seguinte: há delito de informática toda vez que se utilize um mecanismo de processamento de dados por meio do qual se pratica um delito comum. Então, se alguém, por meio de um computador, por exemplo, promove uma fraude na conta telefônica seria um delito de informática; se alguém, por meio de um computador, encaminha uma carta injuriosa para uma outra pessoa, constituir-se-ia um delito de informática; se alguém, por meio de um computador, consegue enganar uma pessoa mandando mensagens acerca da propriedade de certo objeto, e a pessoa é enganada e adquire uma propriedade que não é do agente, tornando-se assim vítima de estelionato, caracterizar-se-ia, por esse critério, um crime de informática.

O segundo critério diz que os crimes de informática não podem estar resumidos numa utilização pura e simples do computador para a prática de qualquer outro delito comum, que eles têm uma característica própria, que são delitos nos quais o processamento de dados, o armazenamento de dados, a execução e gravação de dados, constituem uma função essencial que, por si mesma, já se caracteriza como um objeto de proteção.

Esse critério vai substituir a noção de bem jurídico, que conhecemos tradicionalmente, pela noção de função. Modernamente, um professor italiano, Francesco Palazzo, da Universidade de

Firenze, publicou um artigo magnífico em uma revista espanhola de Direito Penal em que retrata a diferenciação entre violação do bem jurídico por um lado e violação de funções ou tarefas de outro. Dizia ele, por exemplo, que essa nova perspectiva de que, em determinados crimes, o bem jurídico não é identificável, mas o que é identificável e assim protegido é determinada função, agora está muito clara. Por exemplo, temos, no Código Penal, os crimes contra a administração da Justiça. A administração da Justiça é um bem jurídico palpável ou é uma função essencial do Estado? Parece que se ajusta melhor a esse sentido de que a administração da Justiça é uma função essencial do Estado e que os crimes contra a administração da Justiça não violam o bem jurídico, a administração da Justiça, mas violam a função essencial do Estado que se denomina administração da Justiça.

Assim também no campo da informática. Quando a ação viola uma função específica desse processamento, armazenamento, execução de dados, constitui-se aí um delito de informática. Quando é utilizável apenas o computador como um mero instrumento para a prática de um delito comum, cuja execução poderia ser feita por outros meios, não se trata de um delito de informática. Temos, então, perfeitamente identificável o que se caracteriza como delito de informática e o que se caracteriza como delito comum.

É preciso também ressaltar que, ainda neste critério, os exemplos que se seguem são efetivamente confusos para a determinação exata do conteúdo e do alcance dessa modalidade de crime. Suponhamos duas hipóteses: um sujeito quer fazer explodir um determinado edifício – há um tempo, um sujeito contava-me, em uma conferência na Polícia Federal alemã, como havia destruído um prédio da administração da Alemanha alguns anos antes, por obra e arte de um grupo terrorista. Fizeram o seguinte: entraram no prédio e provocaram um distúrbio no sistema eletrônico de controle da calefação. Era um inverno com 15° abaixo de zero. Imaginem o Superior Tribunal de Justiça com 15° abaixo de zero. Ninguém pode ficar no prédio.

Nesse momento, o administrador do prédio, preocupadíssimo porque o prédio deixou de funcionar e o serviço público interrompeu os seus serviços, imediatamente liga para uma central de manutenção desses aparelhos; a ligação é interceptada no meio do caminho por esse grupo terrorista, que recebe a ligação e diz: “Ah, pois não. Iremos imediatamente verificar o defeito”. O grupo chega com o uniforme da própria empresa que fazia a manutenção, entra no prédio e põe quarenta bombas, sai do prédio, e ele explode horas depois. Foi um delito de explosão comum ou foi tipicamente um delito de informática, em que se provocou um curto-circuito mediante um movimento difícil de se provocar, houve

uma interceptação telefônica, e assim por diante? Isso não foi de agora, mas sim na década de 70; – naquela época havia métodos pouco sofisticados de provocar uma explosão. Efetivamente, o delito é um delito comum porque o que se produziu foi uma interferência num controle eletrônico que nada tem a ver com armazenamento de dados.

Imaginemos que essa interferência tenha sido feita não diretamente como se provocou naquela ocasião, mas por meio de um aparelho sofisticado de controle remoto e por computador. Esse sistema atual, vigente hoje nas grandes empresas e serviços públicos europeus, é controlado por computador. Há uma central de computação que controla, inclusive, a temperatura ambiental. Suponhamos que um sujeito localizado no Paraguai, de onde tudo é possível, evidentemente utilizando um computador contrabandeado, entre no sistema europeu de computação de uma grande empresa e provoque um distúrbio na calefação; ao mesmo tempo, do Paraguai, intercepte via satélite a comunicação telefônica e também faça com que um grupo de terroristas ingresse no prédio e detone-o, provocando uma grande explosão. Agora as coisas se tornam um pouco mais confusas porque não era mais uma interferência mecânica direta, mas mediante um processo de armazenamento de dados, no qual o sistema de computação armazena dados, coleta os dados do ambiente e determina qual a sala que deve receber mais ou menos calor. Esse sistema

é interessante porque proporciona uma revolução no próprio campo do Direito.

Um grande sociólogo do Direito do funcionalismo moderno, Nicolas Luhmann, disse que uma das fontes produtoras do seu pensamento funcional foi a chamada “máquina processadora de dados”; não o computador, mas uma máquina por meio da qual se obtém um controle do ambiente. Ela capta do mesmo os estímulos e os responde mediante um sistema lógico de equacionamento. Diz ele que exatamente assim deve funcionar o Direito, o qual capta os estímulos sociais e dita as leis para reagir sobre os mesmos, verificando se por meio dessa reação é possível o equilíbrio dentro do sistema.

No caso dos computadores, até se pensou que era possível que a destruição física a ponto de não mais ser viável a utilização dos dados dos mesmos, em determinado momento, constituísse, evidentemente, um delito de informática. Imaginemos que todos os funcionários da Justiça, de repente, não possam receber mais os seus vencimentos, porque alguém destruiu o armazenamento de dados correspondente ao depósito desses vencimentos nas contas bancárias. Trata-se de um delito de informática e não apenas um delito de dano comum porque vai provocar a inúmeras pessoas uma situação desesperadora. Como vamos recuperar e refazer os dados em tempo oportuno para a satisfação de ne-

cessidades primárias? São pessoas que têm de pagar aluguel, têm de comer, viajar, pagar a faculdade etc. No caso em que se considere que há, ao lado de delitos comuns, delitos de informática, temos duas linhas a seguir: normalmente os códigos penais se dedicam a estabelecer duas funções essenciais que são protegidas especialmente e caracterizadoras desses tipos de delito. Primeiramente a violação da intimidade pessoal e, em segundo lugar, a violação dos interesses econômicos. Há duas linhas que caracterizam os delitos de informática: a primeira é efetivamente a violação da intimidade pessoal e a segunda, a violação de interesses patrimoniais e econômicos.

No caso da violação da intimidade pessoal, faz-se mediante a intromissão eletrônica, ou seja, alguém primeiramente intercepta um telefone, violando o sigilo da comunicação da pessoa. Isso é possível por intromissão nos seus computadores pessoais, adquirindo um alcance dos dados ali consignados. Alguém, por exemplo, está escrevendo uma tese de concurso no computador e, de repente, via internet, outra pessoa ingressa no computador, lê a tese inteira e sabe o que vai ser escrito; ou alguém está escrevendo uma carta íntima para outra pessoa, no computador, e outra pessoa pelo telefone ingressa no computador e obtém acesso a essa intimidade. Essa é uma preocupação dos legisladores modernos.

No Direito brasileiro, não temos nenhum tipo penal específico que considere a intromissão eletrônica como instrumento de violação da intimidade pessoal, salvo apenas numa hipótese, a da chamada “interceptação telefônica”, que está prevista no art. 10 da Lei n. 9.296/96. Quando não houver uma interceptação telefônica, mas sim uma simples intromissão, a lei brasileira não tem solução.

O Código Penal espanhol, recentemente modificado, no seu art. 197, § 2º, tem uma disposição interessante sobre esse aspecto da intromissão eletrônica. Diz o Código espanhol:

Será punido com uma pena “x” aquele que sem estar autorizado se apoderar, utilizar dados reservados de caráter pessoal ou familiar de outra pessoa, que se achem registrados em fichários ou suportes informáticos, eletrônicos ou telemáticos, ou em qualquer outro tipo de arquivo ou registro público ou privado.

Há uma previsão inovadora no Código Penal espanhol, que é o último código, de 1995, acerca de uma matéria importantíssima. Essa é até uma sugestão para os nossos legisladores que fazem a reforma do Código Penal.

Em 1984, o ministro Evandro Lins e Silva, que foi presidente da Comissão de Reforma do Código Penal, propunha no campo da informática uma série de incriminações. Mas se preocupava substancialmente com essa

intromissão eletrônica e não propriamente com o que todas as empresas de computação estavam preocupadas, que era com a violação do direito autoral, decorrente da utilização indevida de programa de computador.

Dizia o ministro Evandro:

É muito mais importante coibirmos esse tipo de atividade que intervém na esfera privada da pessoa indevidamente do que estarmos preocupados se alguém está cedendo programa de computador para seu vizinho, para seu irmão ou se, por exemplo, tem necessidade ou não de comprar dois programas, quando tenha dois computadores um no escritório, outro em casa; isso é menos importante, isso é mais comercial do que qualquer outra coisa. A pessoa que tem em casa um computador e, de repente, se vê invadida por outra pessoa, isto realmente é uma violação essencial da intimidade que deve ser coibida com uma legislação mais rigorosa.

Por outro lado, no campo dos interesses econômicos, podemos articular uma série de problemas que surgem com a utilização desse tipo de atividade de intromissão indevida nos dados e a aquisição de proveito ou vantagem em decorrência dessa captação de dados indevidos. Podemos, em relação à segunda linha de intervenção dos delitos de informática – a chamada “linha da proteção dos interesses econômicos” –, estabelecer pelo menos a discussão em dois pontos: o primeiro,

muito difícil de ser hoje elucidado, é do estelionato, e o segundo ponto diz respeito à utilização indevida de computadores alheios. O primeiro ponto já tratei aqui, praticamente, quando perguntava se era possível ou não se caracterizar um estelionato se a pessoa transfere dados de uma conta bancária para outra, sem o conhecimento da agência, ou se se caracteriza o estelionato quando alguém utiliza indevidamente o cartão de crédito alheio e saca dinheiro do banco 24 horas. No primeiro caso, vamos supor que alguém utilize o cartão de crédito que não lhe pertence, vai ao banco 24 horas e retira o dinheiro do titular do cartão. Embora não haja nenhuma previsão legal específica quanto a esse tipo de atividade, pode-se dizer que houve um estelionato porque houve uma indução ao erro; ainda que não existisse uma vítima pessoal no ato do induzimento. Como se deu esse induzimento? O agente coloca o cartão de crédito na máquina processadora que identifica o cartão como sendo daquela pessoa que o está utilizando e, em face disso, autoriza o saque do dinheiro. Por um mecanismo de transmissão ou delegação de atividade, houve efetivamente o induzimento em erro da agência bancária pela utilização indevida desse cartão.

No caso da transferência de dados ou de valores de uma conta para outra, não pode haver estelionato, porque não houve induzimento nem manutenção em erro. O banco nem

sabia disso. Para que houvesse manutenção em erro era preciso um erro por parte do banco e mantido esse erro de qualquer forma pelo agente. Qual seria a solução nesse caso final, de que não é possível haver um estelionato? Caracterizar-se o fato como uma subtração, um furto. Que tipo de furto? Um furto simbólico? É uma questão da chamada pós-modernidade, em que o real é, agora, substituído pelo simbólico. Essas são as linhas mestras que podemos tratar quando falamos de delito de informática.

Há ainda outros aspectos que podem ser mais bem tratados no campo dos delitos da informática, principalmente no aspecto referente à chamada "espionagem industrial". E, finalmente, a utilização indevida de computadores alheios sobre a qual, fazendo uma analogia com o furto de uso, podemos dizer que caracterizaria, evidentemente, um furto de uso impunível daquele sistema eletrônico.

JUAREZ TAVARES: Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Discorreremos sobre os crimes de informática e a violabilidade de dados.

O crime de informática não deve ser tratado de uma maneira indiscriminada. No que diz respeito a uma classificação dogmática, prefiro adotar aquela que reputo ao professor Damásio de Jesus, no sentido de que teríamos crimes de informática puros e impuros. Os impuros são os crimes normais que já estão tipificados normalmente no Código Penal, como, por exemplo, estelionato, em que a única novidade que temos é o meio pelo qual o crime é praticado, que é o computador, o meio magnético, ou seja, não há novidade nesse crime.

E os crimes de informática puros, na classificação do professor Damásio, seriam aquelas condutas que a legislação não contempla como criminosas como, por exemplo, o fato de um sujeito criar um vírus de computador, invadir um sistema qualquer e simplesmente não fazer nada; essas condutas, efetivamente, na esfera penal, não teriam a repercussão de crime.

O professor Nelson Hungria relata em *Comentários ao Código Penal* um caso muito interessante de furto. Um cidadão alemão foi pego furtando energia elétrica e, automaticamente, foi enquadrado no crime; o processo foi levado a cabo até o Supremo Tribunal alemão. O tribunal decidiu que energia elétrica não era passível de furto, decidindo que a lei penal não admite

interpretação analógica. O tribunal declarou o fato como alheio ao conceito de furto, sob a alegação de que a energia elétrica era uma utilidade especial da matéria, mas não propriamente uma coisa como uma entidade material ou autônoma. E o professor Nelson Hungria completa: “O objeto material do crime de dano é coisa imóvel ou móvel, devendo tratar-se obviamente de coisa corpórea ou no sentido realístico, pois somente pode ser danificada por ação física”.

Costumo usar como exemplificação exatamente o crime de furto de dano para mostrar toda a problemática que se encerra nessas questões de informática de modo bastante prático e didático. Por exemplo, quando danificamos um banco de dados – se é que se pode dizer dessa maneira –, o que fazemos? Tiramos um pedaço do banco de dados? Se é esse o dano, seria possível, de qualquer forma, danificá-lo? No caso da energia elétrica, por exemplo, nosso Código Penal tem uma tipificação específica de furto de energia elétrica que, inclusive, penso, pelo que relata Nelson Hungria, foi trazido exatamente por causa dessa hipótese.

O nosso Código Penal é muito antigo e, obviamente, não poderia prever essas evoluções. No entanto, não podemos esquecer jamais o princípio da reserva legal. Não podemos interpretar a lei penal dando um elastério à legislação de forma a contemplar crimes não descritos nela. Isso seria um

absurdo. Não podemos criar artigo penal. A legislação penal é de natureza sancionadora, que deve ser interpretada na melhor técnica hermenêutica de maneira estrita. Também não posso interpretá-la criando essas hipóteses que não estão contempladas. Outro fator a ser analisado é que o princípio da reserva legal é uma garantia constitucional do cidadão e como tal deve ser interpretado em proveito de quem aquela garantia resguarda. Não é possível interpretar uma garantia constitucional contra um cidadão.

Em uma palestra na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, defendi exatamente a questão da atipicidade do crime de furto de banco de dados. Vamos supor que seja um crime de furto: tenho um banco de dados numa rede de computadores, a internet, por exemplo, e alguém obtém esse banco de dados para si pela internet. Segundo alguns entendimentos, isso seria uma espécie de furto, uma vez que, quando está no disquete, o dado seria apropriável. Entendo que apropriável seria o disquete, não os dados em si, que são bens intangíveis. Pergunto: que furto é esse, em que o bem subtraído continua ao mesmo tempo naquele local, digamos, furtado, e no meu computador também? Temos uma cópia daqueles dados, que continuam ao mesmo tempo nos dois lugares. Pela aplicação escorreita e clara do princípio da reserva legal, verifica-se que não há aí uma adequação típica que se enquadra de maneira exata a essa hipótese. O professor Damásio de Jesus

teve a delicadeza de me mandar uma carta comentando esse assunto, em que disse o seguinte:

Se lançarmos a questão perante a doutrina certamente encontraremos duas posições. Isso perante o princípio da reserva legal já é suficiente para se considerar que o fato não se enquadra facilmente no tipo criminal, razão suficiente para conduzi-lo à atipicidade. Como tenho dito aos meus alunos, se você encontra dificuldade em enquadrar o fato concreto a um modelo legal, cuidado. Para mim ele é atípico. O princípio da reserva exige que haja uma correspondência exata entre o tipo incriminador e o fato cometido pelo sujeito. A título de exemplificação, se o tipo pode ser dividido em cem partes para efeito didático, o fato só é típico quando nele se enquadram os cem elementos; faltando um é atípico. No caso, é necessário que o legislador descreva convenientemente a infração penal evitando qualquer dúvida de adequação típica.

Uma vez um delegado ligou para um magistrado, e este depois me telefonou para saber se podia enquadrar mais ou menos um crime puro, de informática, numa outra tipificação. Respondi que, realmente, enquadrá-lo mais ou menos no Direito Penal seria muito complicado e que não faria isso. E o juiz entendeu também da mesma forma.

É preciso salientar o que acontece no Direito Comparado em relação a

isso. No mundo, de maneira geral, em virtude muitas vezes do avanço avassalador da informática – principalmente nos últimos cinco ou dez anos – temos visto a criação de legislações específicas para resguardar a esfera penal no que diz respeito aos crimes de informática. Poderia citar, por exemplo, a legislação do estado da Flórida, que foi de 1985, e já falava dos crimes de informática em uma legislação específica. Aqui no Brasil, enquanto os americanos em 1985 já regulavam crimes de computador, só fomos regular o que é *software* com a Lei n. 7.646, em 1987, com base naquela reserva de mercado, o que nos atrasou mais ainda. Esse assunto está palpitante por causa do comércio eletrônico. A indústria não está preocupada tanto com o direito autoral como no passado. Vejo que a indústria está preocupada sobremaneira com o comércio eletrônico. Empresas de internet, em regra, são empresas que não têm ativo algum, não têm computadores de grande porte, nem estrutura física, nem sede, nem coisa alguma, mas valem bilhões. Por quê? Porque têm acesso a uma gama de informações e dados. E me arriscaria a dizer que, se no passado o grau da riqueza foi visto pela quantidade de terra que a pessoa possuía e depois pelo dinheiro, neste novo século o grau de poder que cada um obtiver será medido com base no grau de informações, no que ele conhece de cada um.

Hoje se fala muito na espionagem industrial. Efetivamente, até mesmo a nossa Lei de Propriedade Industrial

bastante recente, Lei n. 9.279/96, vislumbra de uma maneira bastante genérica esses crimes mediante a concorrência desleal. Há necessidade de dar-se um tratamento mais delicado a essa questão.

No que diz respeito aos crimes puros de informática, existe o Projeto n. 84/99, no qual tive uma participação pequena como coordenador. Tentamos, na medida do possível, fazer uma tipificação, o que é muito difícil, em se tratando de informática, e chegar à conclusão de quais seriam os crimes necessários, com base naquilo que já existe no exterior. E um capítulo interessante desse projeto de lei foi exatamente o da proteção aos dados pessoais, que realmente é um outro absurdo. No Brasil, temos essa proteção de maneira genérica, no art. 5º, inc. X, da Constituição, quando se resguarda a privacidade, e também inc. XII do mesmo artigo.

Nosso objetivo no projeto foi regular um pouco esse intercâmbio de dados. O Parlamento Europeu, por meio da Comissão Europeia, já baixou uma resolução que cuida da proteção de dados pessoais no que concerne à informática há mais de dez anos, a qual diz como esses dados deveriam ser trocados se fossem repassados e quais os cuidados entre os países do Mercado Comum Europeu, o que não temos aqui no Brasil; muito pelo contrário, temos notícias em jornais de que pessoas vendem cadastros com dados até de informações sensíveis como, por

exemplo, o imposto de renda, e não há o menor controle. É preciso, desde logo, regular essa circulação de dados. Obviamente que não estamos querendo cercear o direito à informação de qualquer forma, mas controlar a sua privacidade. Temos o direito de colocar um entrave para a circulação livre que temos hoje em dia.

Outro tema bastante palpitante é o que diz respeito à violabilidade de dados. A Lei n. 9.296, no art. 1º, § 1º, disciplina a sua aplicação para a violabilidade de dados do computador. Tenho um entendimento pela inconstitucionalidade desse parágrafo. Sei que o professor Vicente Greco Filho tem o mesmo entendimento e, se não me engano, a professora Ada Pellegrini também. Para mim, o art. 5º, inc. XII, fala da regulamentação feita com base na última hipótese, a das comunicações telefônicas e não a das comunicações de dados, que era uma hipótese anterior. Porque diz o art. 5º, inc. XII, da Constituição: *É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo o último caso por ordem judicial nas hipóteses e na forma (...)*

Quer dizer, estabelecida para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Há quem sustente que nesse inc. XII não temos esses quatro objetos protegidos, que seriam, no caso, comunicações telegráficas, dados, comunicações telefônicas e correspondência. O professor Tourinho

Filho entende que existem aí dois núcleos: correspondência e comunicações telegráficas no primeiro núcleo e dados e comunicações telefônicas num segundo núcleo. Então, quando se trata do último caso, estaríamos falando de dados e das comunicações telefônicas e que eles poderiam ser violados. Entendo que existe um interesse em ser feita uma persecução penal, e a criminalidade certamente sabe desse descuido do legislador, que não existe em outros países. Em Portugal existia um descuido semelhante e foi corrigido, mas aqui estamos tratando de cláusula pétrea e, segundo classificação de José Afonso da Silva, de uma norma de eficácia plena que não carece de regulamentação no que diz respeito aos outros casos e não comunicação telefônica, área na qual era expressa essa carência de regulamentação. Certamente temos interesse público em realizar a persecução criminal, mas também temos o interesse público e maior de proteger as garantias constitucionais do cidadão. Não podemos, de forma alguma, banalizar essas garantias de forma a permitir que o legislador venha a criar hipóteses não vislumbradas na lei.

Tem-se a seguinte questão: a bandidagem vai utilizar os dados do computador e nunca vai acontecer nada? Não existem direitos absolutos, quer na Constituição, quer na lei; entendendo que os dados, as cartas e comunicações telegráficas podem ser violados. Só que, nesse caso, existe uma desnecessidade de legislação para

regular essa violação. Essa violação tem de ser feita por ordem judicial, de acordo com as provas coligidas com os autos, aplicando-se o princípio da proporcionalidade. É óbvio que se estou querendo resguardar, por exemplo, o direito à vida, que também é um direito constitucional, não vou deixar de mitigar a privacidade de alguém para deixar de resguardar o direito à vida. Para Canotilho, temos duas garantias individuais em que uma deve ceder para a outra que é preponderante, o direito à vida. Então não podemos de forma alguma deixar que um sujeito desses saia impune, mas, volto a dizer, isso tem de ser feito com base no princípio da proporcionalidade, não com base em uma lei, se não vamos em pouco tempo pegar outras garantias daquele rol de garantias pétreas e começar a legislar com elas, quando, na verdade, são garantias mínimas do cidadão. Dessa forma, a segurança jurídica que temos vai para o espaço.

Entendo que a coisa pode ser, violada, mas obviamente nesses estritos limites. Essa é uma posição discutível. Há uma ADIn no Supremo discutindo isso, proposta pela Associação dos Delegados de Polícia (Adepol), em que se discute exatamente essa possibilidade de violar ou não, em que casos e, obviamente, como já disse, discute a constitucionalidade específica desse § 1º do art. 1º da Lei n. 9.296.

Tenho visto muito, inclusive em algumas agências reguladoras, que em casos de destruição de banco de dados, há destruição de direito autoral.

Nesse caso se aplica o Código Penal ou a Lei n. 9.610. Considero raríssimos os casos de violação de direito autoral quando se destrói um banco de dados, mas por quê? As pessoas estão confundindo um princípio basilar do direito autoral: para se ter algo suscetível de proteção autoral temos de ter algo criativo, original, que seja plasmado, que não esteja só no campo das idéias. No caso de um banco de dados de um computador, o que existe ali, em regra, são informações coligidas sobre um determinado fato, sobre pessoas. Por exemplo, CPF de várias pessoas e nomes de pessoas por ordem alfabética. Nisso não há nada de criativo. Qualquer pessoa pode chegar e formar aquele banco de dados, desde que tenha acesso a esses fatos, e esta é uma decisão que a Suprema Corte norte-americana já tomou por unanimidade: a proteção ao banco de dados não é possível nesses casos onde não há criação, onde não há atividade autoral. O banco de dados só pode ser protegido, excepcionalmente, com base na Lei n. 9.610 quando ele estiver compilado, organizado de uma forma original. Fora disso, não há de se falar em violação de direito autoral quando o sujeito obtém um banco de dados de uma maneira ilícita. Quero ressaltar que ainda que não tenhamos na esfera criminal aqueles tipos penais – voltando aos crimes de informática – que se encaixam perfeitamente, na esfera civil havendo dano e o nexo de causalidade, as pessoas podem ir atrás do prejuízo. Na esfera cível, tem de se identificar quem foi o

autor do ato lesivo e quantificar o dano; mas nas esferas penais, que são esferas independentes, que são autônomas, as necessidades não são as mesmas. Então, por isso, podemos efetivamente pegar esse ponto.

Em relação ao documento eletrônico, tem-se discutido bastante, principalmente por causa do comércio eletrônico, quanto à sua validade, ao seu conceito. O ministro Moacyr Amaral Santos falava que os documentos escritos são os documentos normais, particularmente regulados pela lei. O professor Humberto Theodoro Júnior diz que, em sentido estrito, quando se fala em prova documental, cuida-se especificamente de documentos escritos.

Preferiria adotar uma classificação, há muito demonstrada em seu Tratado de Provas, pelo ministro Moacyr Amaral Santos, segundo o qual existem várias formas de documento, tomando a expressão “documento” em sentido lato, o que penso ser realmente mais correto. Mas, infelizmente, no Código de Processo Civil, temos alguns problemas quando falamos em documentos. Exemplificando: o art. 368 dispõe que as declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário; é complicado escrever e assinar um documento eletrônico. O art. 371 reza: *Reputa-se autor do documento particular:*

I. aquele que o fez e o assinou;

O art. 388 prescreve: *Cessa a fé do documento particular quando:*

II. assinado em branco, for abusivamente preenchido.

O Código Civil, art. 131, diz o seguinte: *As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.* Efetivamente, não posso, em se tratando de documento eletrônico, tratar e aplicar essa lei da mesma forma. Mas entendo que não se deve questionar a validade do documento eletrônico em sentido lato. Por quê? Porque há muito, o Código Civil de 1916 considera como válido o contrato verbal. Por que um contrato em meio eletrônico também não seria válido? Há de se questionar a eficácia probatória do documento eletrônico. O art. 131, supracitado, estabelece uma presunção *juris tantum* de que aquele que assinou o documento é o seu autor. Mas se um sujeito apresenta em juízo um documento eletrônico, o magistrado, desde logo, não pode presumir. Terá de mandar fazer uma perícia técnica naquele arquivo de computador e procurar outros fatos que consigam levá-lo ao juízo de convencimento da autoria daquele documento, ou seja, não temos essa presunção direta.

Portanto, não vejo como enquadrar esses extratos eletrônicos como uma prova documental, simplesmente. Há a possibilidade de se fazer uma interpretação evolutiva na norma – e não é o melhor, porque não é o que se está

fazendo lá fora no mundo globalizado. Essa questão documental é muito falada na Europa e nos Estados Unidos como assinatura digital. Não vou entrar em pormenores, porque é algo eminentemente técnico, mas é uma tecnologia que garante a autoria de um documento. Os Estados Unidos já adotaram como uma lei federal essa forma de trocar documentos; a Argentina também, há cerca de seis meses; o Uruguai e muitos países da Europa. Trata-se de uma tecnologia mais ou menos padrão por causa da globalização. Sendo assim, é necessário que o Brasil siga, na medida do possível, essa prática, para não sair dessa uniformidade, porque é impossível falar-se agora em uma legislação para o país. Quando se trata dessa questão do comércio, é importante se pensar muito maior e buscar algo semelhante, procurar o fio da meada como se está fazendo fora, obviamente com as adaptações de acordo com o país.

No que diz respeito ao documento eletrônico, hoje, sem uma legislação específica para atender essas necessidades do que ocorre no panorama exterior, enquadraria a sua eficácia probatória em dois artigos: no 332 e no 131 do Código de Processo Civil. Reza o art. 332 que *todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa*. Obviamente, é desnecessário fazer a prova do documento eletrônico. Aplicamos o art.

332, e o juiz terá uma prova. No art. 131, que nada mais é do que o princípio do livre convencimento motivado, o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. Devemos interpretar de maneira conjunta esses dois artigos do Código de Processo Civil e chegarmos, efetivamente, à possibilidade de usar o documento eletrônico sem maiores problemas de operações comerciais. O problema é que o comércio eletrônico está envolvendo muito dinheiro. O comércio já é algo dinâmico e o comércio eletrônico muito mais ainda. O Direito, como sempre, é o reboque da sociedade e tem de atender a mais essa necessidade social. Quando as partes celebram um contrato, elas necessitam, exatamente, de segurança naquela relação jurídica a ser formada. Não posso celebrar um contrato em meio eletrônico para o instrumento, o corpo do contrato – não o que está nele –, vir a ser questionado no Judiciário. Em vez de facilitar a relação, estou criando mais um problema.

No exterior está-se regulando essa questão eletrônica, deixando, obviamente, de aplicar aquelas normas antigas, porque essa aplicação vai ser muito complicada e quando houver casos de extraterritorialidade – que penso ser a maioria dos que estão ocorrendo – não vamos ter como os resolver.

Como experiência na prática da advocacia na área de propriedade intelectual, é muito difícil um perito técnico chegar a conclusões convincentes na área de informática. Normalmente, o perito lança o laudo, o advogado faz a aquisição e pergunta: “Tem certeza?”. E o perito não pode ter certeza. Isso é preocupante ainda mais na esfera penal, porque quando se trata de Direito Penal, privaremos a liberdade de alguém sem ter a certeza do que está acontecendo; torna-se um perigo muito grande.

Na esfera cível, também, não se pode proceder dessa forma. É preciso, sem dúvida nenhuma, regular o documento, mas não vejo necessidade de regular comércio eletrônico. O comércio é algo dinâmico, que está aí. Não há necessidade de regular comércio ou as regras do consumidor. Vi esses fatos em alguns projetos apresentados para regular o comércio eletrônico. Não vejo a menor necessidade disso.

Carvalho de Mendonça já dizia, em seu *Tratado de Direito Comercial*, que se fosse necessária uma lei para regular cada novo uso comercial que surge, seria preciso um código comercial a cada dia.

Um exemplo claro também é o cartão de crédito que todos usam. Não há legislação regulando o cartão de crédito. Está em andamento um projeto de lei de Fram Martins no Congresso. O que legitimou o cartão de crédito foi o uso comercial. É óbvio que, na medida do possível, tentamos interpretar essa legislação de uma forma evolutiva, de modo a atender àquelas necessidades prementes, porque, no Direito, não existem lacunas. O aplicador da lei, o magistrado, não pode alegar que não pode julgar determinado caso; ele tem de julgá-lo e, aí, entra a Lei de Introdução ao Código Civil. Obviamente, quando se trata de matéria penal, a situação fica mais complicada, pois surgem os casos de atipicidade, com os quais temos de tomar muito cuidado.

JOSÉ HENRIQUE BARBOSA MOREIRA LIMA NETO: Professor da Escola de Magistrado do Estado do Rio de Janeiro.