

Procuradores da República

A ORDEM DE SUSTENTAÇÃO ORAL NOS PROCESSOS CRIMINAIS PERANTE OS TRIBUNAIS:

uma leitura acerca do espectro do que
decidido pelo STF no HC nº 87.926-SP

Douglas Fischer

Impresso
Especial

1622005 – DR/BSB

Fundação Pedro Jorge

/// CORREIOS ///



Reis Friede

A Hipocrisia Ambiental

Daniel de Resende Salgado

Uma Abordagem à Concessão do Indulto

Américo Bedê Freire Júnior

**Prerrogativas de Foro nas
Constituições Estaduais e a Justiça Federal**

Gerson Henrique Silva Sousa

**O Atual Modelo de Escravidão no Brasil
e os Preceitos Constitucionais Violados**



Fundação Procurador
Pedro Jorge de Melo e Silva



ANPR
Associação Nacional dos
Procuradores da República

Sumário

A Hipocrisia Ambiental (Em Poucas Palavras)	3
Reis Friede	
O Atual Modelo de Escravidão no Brasil e os Preceitos Constitucionais Violados	5
Gerson Henrique Silva Sousa	
O Direito ao Desenvolvimento e a Transferência de Renda e de Recursos Naturais dos Países Pobres para os Ricos	10
Paulo de Tarso Garcia Astolphi e Celso Waack Bueno	
A Ordem de Sustentação Oral nos Processos Criminais Perante os Tribunais: uma leitura acerca do espectro do que decidido pelo STF no HC nº 87.926-SP	14
Douglas Fischer	
Prerrogativas de Foro nas Constituições Estaduais e a Justiça Federal	19
Américo Bedê Freire Júnior	
Uma Abordagem à Concessão do Indulto	22
Daniel de Resende Salgado	
Verdade Real, Ônus Probatório e Iniciativa do Juiz no Processo Penal	25
Rodrigo Esperança Borba	
Crítica da Razão Técnico-Jurídica	28
Paulo Queiroz	

Participe do Boletim dos Procuradores da República

Envie seu artigo para publicação no Boletim dos Procuradores da República.

O texto deve ter o tamanho máximo de 20 mil caracteres (com espaços), contando com eventuais notas de fim de texto e referências biográficas.

Os textos podem ser encaminhados para os endereços eletrônicos:

vfurtado@prdf.gov.br, amelo@prsp.mpf.gov.br e fundacao@fundacaopedrojorge.org.br.

A Hipocrisia Ambiental (Em Poucas Palavras)

Reis Friede*

Desembargador Federal e ex-Membro do Ministério Público

Ouvimos todos os dias, e a toda hora, e – por que não dizer –, com irritante insistência, que caminhamos, a passos largos (e para os mais pessimistas, de forma irreversível), para retirar o planeta da excepcional *estabilidade ambiental* em que se encontra há mais de 10 mil anos, com consequências simplesmente impensáveis.

Não obstante não se possa negar a relativa veracidade do autêntico “*alerta geral*” que vem sendo constantemente consignado, particularmente, pela mídia, – inclusive com a persistente notícia no que concerne ao rompimento do equilíbrio de três dos nove “*limites planetários*” (a mudança climática, a perda da biodiversidade e a alteração no ciclo do nitrogênio) –, continua a existir uma autêntica e lamentável *conspiração*, por parte dos políticos e, em alguma medida, também por parte dos principais estudiosos sobre o tema, no sentido de que a solução definitiva do problema deve se apoiar sobre o sinérgico combate aos *efeitos* do epigrafiado *imbróglia ambiental* e não propriamente sobre as *causas primárias* que conduzem (e historicamente vem conduzindo) à origem do mesmo, qual seja, o *contínuo e descontrolado crescimento populacional*, notadamente nos Países subdesenvolvidos.

A própria ONU, através de *relatório* editado pelo seu Fundo de População (UNFPA), vem reconhecendo que “*frear a expansão demográfica teria o mesmo impacto, em termos de redução de emissões, que substituir todas as termoeletricas à base de carvão por estações de energia eólica*” (Globo, 19/11/2009, p. 38), defendendo, por fim, o maior acesso das mulheres a *métodos contraceptivos*, ao *planejamento familiar* e à *educação*, como formas efetivas de se combater o denominado *aquecimento global*.

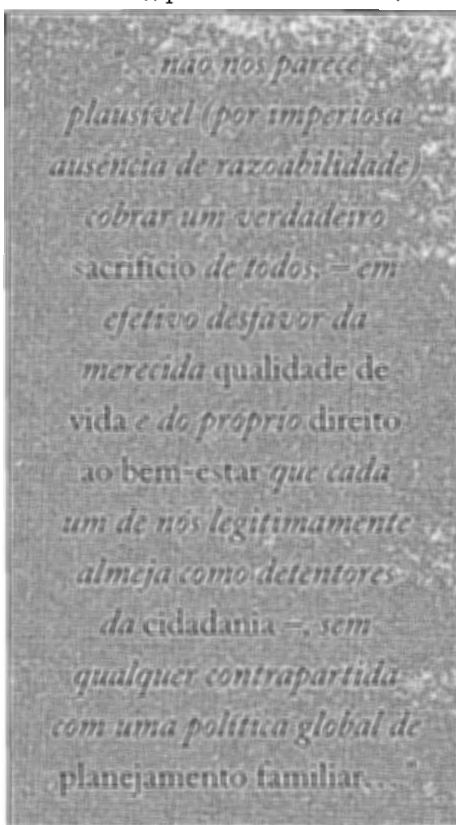
Ainda assim, a mesma UNFPA, em aparente contradição, deixa claro ser contra a imposição de uma consistente polí-

tica de *controle populacional*, concluindo que a decisão quanto ao número de filhos continua sendo um direito inalienável de cada mulher, ainda que reconheça que 35% das gestações nos Países em desenvolvimento, simplesmente, não são desejadas.

Curioso observar, em necessária adição contextual, que há sempre um *demógrafo de plantão* preocupado, muito mais, em nos alertar dos supostos *riscos* inerentes a uma *política de planejamento familiar* (com a consequente alteração da pirâmide etária), – ignorando, de forma irresponsável, os consequentes efeitos do aumento da expectativa de vida em todo o mundo e do próprio prolongamento da vida útil humana, como bem assim dos extraordinários avanços da tecnologia aplicada ao trabalho e à produção econômica –, do que propriamente das terríveis consequências de uma total (e irresponsável) ausência de uma mínima *preocupação* (e consequente *ação*) a respeito do tema.

Neste sentido, não nos parece plausível (por imperiosa ausência de razoabilidade) cobrar um verdadeiro *sacrifício* de todos, – em efetivo desfavor da merecida *qualidade de vida* e do próprio *direito ao bem-estar* que cada um de nós legitimamente almeja como detentores da *cidadania* –, sem qualquer contrapartida com uma política global de *planejamento familiar* (e correspondente *controle de natalidade*) que permita, no longo prazo, verdadeiramente restabelecer o *equilíbrio ambiental* desejado (potencialidade de oferta de recursos planetários *versus* consumo quantitativo e qualitativo projetado), debelando, de modo pleno e definitivo, os *riscos ambientais* que supostamente ameaçam a própria sobrevivência da espécie humana a longo prazo.

Entender de forma diversa, – insistindo em apenas e tão somente restringir emissões de carbono na atmosfera, ou



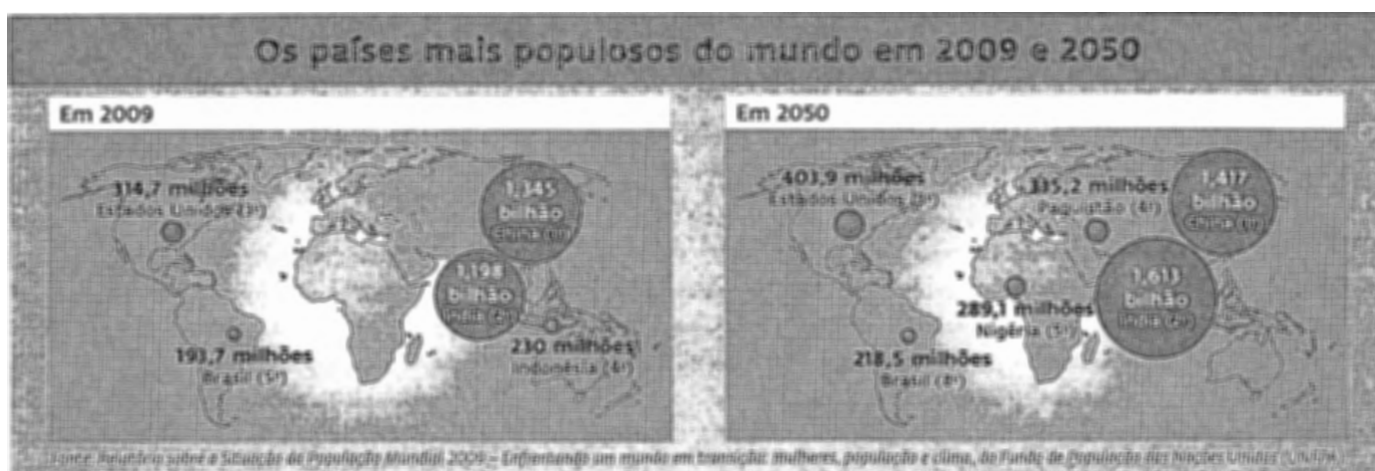
outras providências assemelhadas –, não nos parece uma solução adequada, até porque, a toda evidência, não ataca diretamente o problema (em suas *causas primárias*) e, sim, apenas o que alude aos seus *efeitos observáveis*, posto que não seria minimamente sensato restringir, por um lado, o direito inalienável de cada ser humano buscar melhorias no que concerne à sua existência no planeta (o que implica, ainda que indiretamente, em aumento pela demanda de recursos naturais), enquanto, por outro, manter a contínua (e sem qualquer controle) *procriação irresponsável*, ampliando, em última análise, a dimensão do próprio problema.

Oportuno consignar, neste contexto analítico, que ROBERT ENGELMAN, vice-presidente do Instituto Worldwatch, não obstante afirmar ser “quase impossível não relacionar crescimento da população e mudanças climáticas”, – reconhecendo, inclusive, que muito provavelmente já sejamos insustentáveis com os atuais 6,8 bilhões de habitantes (as projeções para 2050 apontam um mínimo de 7,95 bilhões de habitantes com uma taxa anual de fecundidade de 1.54 e um máximo de

10,46 bilhões de habitantes com um taxa anual de fecundidade de 2.5) –, ainda assim descarta o *planejamento familiar* como uma ação efetiva (e de curto prazo) para conter emissões de carbono na atmosfera.

Também, há de se estabelecer, dentro do escopo do pensamento dominante das principais organizações ambientais, um mínimo de *coerência lógica* no que alude ao assunto em epígrafe; ou seja: se *procriar* deve ser uma *decisão livre* de cada casal, *mudar o estilo de vida* (outra causa incisivamente apontada como *fonte originária do aquecimento global*), igualmente, não pode ser apontada como uma *solução derradeira*, – a ser necessariamente imposta a todos –, para debelar, em definitivo, o complexo problema ambiental.

Devemos, portanto, o mais rápido possível, pensar seriamente sobre a *raiz matricial* do presente desafio, deixando de lado a autêntica *hipocrisia ambiental* que tanto nos tem desviado das verdadeiras (e difíceis) soluções que devem ser implantadas em nome da necessária (e almejada) continuação do pleno florescimento de nossa *Civilização*.



Nota

* Reis Friede é Desembargador Federal e ex-Membro do Ministério Público.

Bacharel em Direito, Economia, Engenharia, Arquitetura e Administração; Mestre e Doutor em Direito.

O Atual Modelo de Escravidão no Brasil e os Preceitos Constitucionais Violados

Gerson Henrique Silva Sousa*

Analista Processual da Procuradoria da República no Município de Marabá-PA

1. Breve histórico acerca da escravidão no Brasil

Quando os portugueses aportaram no Brasil, descobriram uma espécie de madeira que depois daria nome ao país: o pau-brasil. Para explorá-la, os colonizadores contaram com a ajuda dos índios, os quais eram agraciados com ninharias numa prática conhecida como escambo. Sucede que os portugueses não dispunham de mão-de-obra suficiente para exploração da madeira e passaram a escravizar os índios, que se rebelaram contra a medida, promovendo diversas batalhas contra os colonizadores. Pode-se afirmar, portanto, que a escravidão no Brasil teve início com os índios.

Ante o fracasso da escravidão indígena, nada obstante a subjugação de alguns grupos de índios, os colonizadores foram à procura de outro tipo de mão-de-obra e encontraram na África uma fonte de riqueza assombrosa. De início, a força de trabalho africana foi utilizada na atividade açucareira, produção que exigia um número muito grande de escravos, o que ocasionou o desenvolvimento do tráfico negreiro no Brasil. A escravidão negra teve seu apogeu entre os anos de 1701 e 1810, quando 1.891.400 africanos desembarcaram nos portos coloniais^[1].

Calha mencionar que a independência do Brasil não extinguiu a escravidão, uma vez que a intenção dos senhores era tão-somente se libertar do domínio português que os impedia de expandir seus negócios, motivo por que mantiveram a mesma estrutura social, política e econômica vigentes. Oficialmente, a escravidão teve fim em 13 de maio de 1888 quando a princesa Isabel assinou a Lei Áurea que pôs fim ao direito de propriedade de uma pessoa sobre outra.

Entretanto, ainda hoje perduram práticas escravistas cerceadoras da liberdade, mormente nos Estados do Pará, Mato Grosso, Bahia, Piauí e Maranhão. No modelo atual, porém, a escravatura não se revela mediante o comércio de pessoas, mas sim por meio de coação física ou moral do trabalhador infligida pelo empregador por intermédio de fraude, ameaça, violência e redução do salário, fazendo com que o cativo trabalhe apenas para pagar as dívidas adquiridas junto ao empregador, débito esse que nunca se exaure definitivamente.

2. Diferenças entre a nova escravidão e o antigo sistema

O hodierno quadro da escravidão brasileira não se confunde com aquele sucedido na primeira metade do século XVI, porquanto, àquela época, a escravatura resumia-se numa situação jurídica em que um homem exercia propriedade sobre outro, ao passo que presentemente a escravidão consiste em “reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto”^[2]. No conceito antiquado, o escravo era visto como coisa, razão pela qual poderia ser vendido; pelo entendimento atual, entretanto, escravidão significa “submissão total do sujeito passivo ao poder do agente, mediante o emprego de fraude, ameaça, violência, redução do salário”^[3].

A Convenção 29 da Organização Internacional do Trabalho conceitua trabalho forçado como “todo trabalho ou serviço de um indivíduo sob a ameaça de alguma punição e para o qual o dito indivíduo não se apresentou voluntariamente”. Por seu turno, o art. 149 do CP tipifica como crime a conduta do agente que reduz alguém a condição análoga à de escravo, fato delituoso conhecido como *plagium* (plágio). Infere-se dessa infração penal que “o tipo não visa uma situação jurídica, mas sim a um estado de fato”^[4].

Com a maestria que lhes é peculiar, Hungria e Fragoso pontuam que o plágio:

“é a completa sujeição de uma pessoa ao poder de outra. Protege a lei penal, aqui, o status libertatis, ou seja, a liberdade no conjunto de suas manifestações. Refere-se o texto legal à condição análoga à de escravo”, deixando bem claro que não se cogita de redução à escravidão, que é um conceito jurídico, isto é, pressupondo a possibilidade legal de domínio de um homem sobre o outro. O status libertatis, como estado de direito, permanece inalterado, mas, de fato, é suprimido”^[5].

3. O funcionamento da nova forma de escravidão

O atual sistema de escravidão funciona da seguinte maneira: os trabalhadores são aliciados nos mais longínquos municípios para trabalhar na lavoura, na pecuária ou na exploração mineral ou madeireira em propriedades rurais do escravizador localizadas em lugares ermos. Para a contratação, o fazendeiro lança mão de um “gato”, nome popular pelo qual é conhecida a pessoa encarregada de recrutar os obreiros sob promessas de bom salário, estrutura adequada ao desempenho do labor, moradia, alimentação e transporte. Para angariar os trabalhadores, o “gato” fornece um adiantamento salarial para a família e assegura transporte gratuito até o local do serviço. Algumas vezes, os cativos são arrematados em pensões onde ficam à espera de oportunidade de emprego. Os contratantes pagam a dívida que os trabalhadores têm com o hotel e os levam para labutar na fazenda, lugar aonde já chegam endividados.

Quando os empregados chegam ao local onde desempenharão suas atividades, percebem uma situação totalmente diversa daquela idealizada pelo “gato”. Os trabalhadores são submetidos à exaustiva jornada de trabalho de doze horas por dia, em média, sem descanso em finais de semana e feriados. Alojamento em barracos improvisados consistentes numa frágil estrutura de talas coberta tão-somente com lona e sem nenhuma proteção lateral, o que os sujeita à intempérie, picadas de animais peçonhentos e doenças. Suas necessidades fisiológicas são satisfeitas no mato, posto que não existem instalações sanitárias apropriadas. O empregador não fornece alimentação adequada, nem água potável, tampouco equipamentos de proteção individual. Ainda, submete os obreiros ao sistema de barracão, conhecido como *truck-system*^[6], consistente na obrigação de os cativos comprarem do fazendeiro, por preço sobremodo acima do mercado, tudo de que necessitam para o serviço (foices, enxadas, motosserras, roupas, luvas, botas etc.), bem assim toda a alimentação consumida. As compras são anotadas num “caderninho” para posterior desconto no salário.

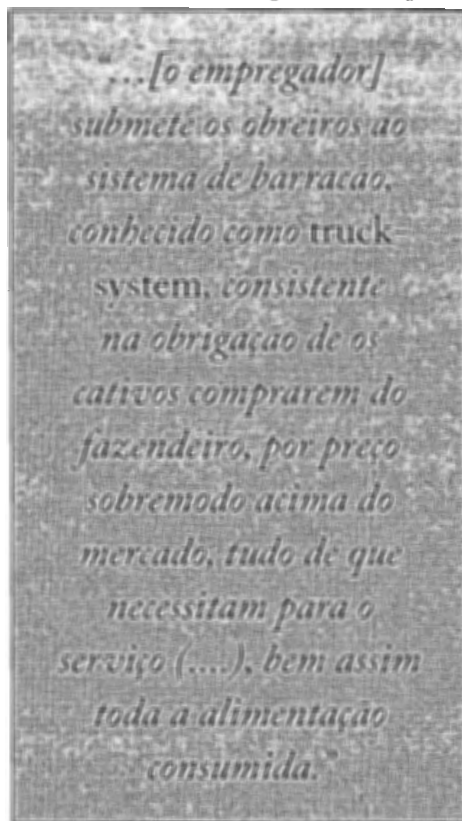
Com efeito, o fazendeiro implementa o sistema de servidão por dívida, vale dizer, surge uma dependência dos tra-

balhadores para com o patrão em face da venda de produtos com sobrepreço, cujos valores são descontados da remuneração dos empregados. O débito se eleva a valores estratosféricos, de modo que o obreiro fica impossibilitado de pagá-lo e fatalmente acabará se tornando escravo em razão dessa dívida. Some-se a isso a retenção deliberada de pagamentos de salário, o que leva o cativo a crer que está permanentemente ligado ao trabalho na fazenda.

De mais a mais, inexistente assistência médica aos empregados, visto que, além de o escravizador não oferecer nenhum

tipo de tratamento terapêutico aos doentes, o hospital mais próximo fica a muitos quilômetros da fazenda. Mas a distância é irrelevante para os trabalhadores, pois eles são proibidos de deixar o imóvel rural enquanto não quitarem a dívida contraída junto ao patrão, que se vale de capangas armados para coibir fugas. Apenas os obreiros com doenças que os impede de trabalhar podem deixar a fazenda, mas são abandonados à própria sorte e obrigados a caminhar enormes trechos até o posto de saúde mais próximo.

Vê-se, portanto, que o escravizador atual não se vale do tráfico de pessoas para aquisição de mão-de-obra, mas de artifícios que garantam o mesmo resultado, tais como apreensão de documentos, presença de jagunços armados, dívidas impostas ilegalmente e condições geográficas do lugar que impossibilitam qualquer fuga.



4. Preceitos constitucionais violados com o trabalho escravo

O labor escravo afronta várias disposições constitucionais^[7], senão vejamos:

Em primeiro lugar, fere a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil insculpido no art. 1º, III, da C.R.F.B.

Os empregados sujeitos ao sistema de escravidão são submetidos a condições deploráveis e têm desrespeitados os direitos mais elementares do ser humano. Não dispõem de alojamento decoroso, água potável, saneamento básico, tratamento médico, muito menos alimentação adequada. Percebe-se, portanto, ofensa à dignidade da pessoa humana, uma vez

que o patrão subjuga o empregado, sujeitando-o à situação subumana de trabalho.

Outro fundamento da República violado são os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, princípio estatuído no art. 1º, IV, da C.R.F.B. Por intermédio desse preceito, a Lei Maior rechaça qualquer forma de labor escravo, eis que, para alcançar o seu desígnio constitucional, o trabalho deve ser livre. De idêntica maneira, há ofensa ao art. 6º da Constituição da República, posto que, quando a Lei Ápice assegura o trabalho como direito social, certamente faz alusão ao trabalho digno.

Desrespeita também o direito de locomoção, previsto no art. 5º, XV, da C.R.F.B., haja vista que o obreiro é impedido de sair da propriedade enquanto não pagar o débito contraído junto ao patrão em razão da compra de mercadorias e alimentos.

Demais disso, o imóvel rural no qual é desenvolvido o labor escravo não atende sua função social, o que infringe as normas dispostas nos arts. 5º, XXIII, e 186, III e IV, ambos da C.R.F.B. Nesse ponto, cumpre-nos fazer uma explanação mais detalhada.

A Constituição da República garante o direito de propriedade a todos (art. 5º, XXII), mas o condiciona ao atendimento da função social, sendo certo que a observância das disposições que regulam as relações de trabalho e a exploração que favoreça o bem-estar dos trabalhadores são requisitos para o atendimento da função social da propriedade. Dessume-se sumariamente que o direito de propriedade não é absoluto, não podendo, logo, ser exercitado em contraste com o interesse público. Ao lecionar sobre a função social da propriedade, José Afonso da Silva, citando Pedro Collado, assevera que:

“A função social, assinala Pedro Escribano Collado, ‘introduz, na esfera interna do direito de propriedade, um interesse que pode não coincidir com o do proprietário e que, em todo caso, é estranho ao mesmo’, constitui um princípio ordenador da propriedade privada e fundamento da atribuição desse direito, de seu reconhecimento e da sua garantia mesma, incidindo sobre seu próprio conteúdo.”^[8]

Assim, o proprietário rural não pode usar, gozar e dispor de sua propriedade sem adequá-la ao interesse coletivo. Nesse sentido, o art. 187 do CC preconiza que configura ato ilícito

o exercício de um direito em que o titular excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social. A essas regras subsume-se a proibição de ele não reduzir seus empregados a condição análoga à de escravo, uma vez que fornecer aos obreiros as condições propícias ao desenvolvimento do trabalho, respeitar seus direitos fundamentais e permiti-los operar a terra de modo a conformá-la com o interesse público, significa dar ao imóvel rural função social.

Concernente a esse aspecto, impende destacar que tramitam no Senado Federal e na Câmara dos Deputados inúmeros Projetos de Lei e Propostas de Emenda Constitucional relacionados ao labor escravo. Em alguns deles (PEC 438/2001, PL-5487/2001, PEC 265/2004, PEC 52/2005) há moção

de expropriação de terras onde exista trabalho escravo, semelhante ao que sucede no caso do art. 243 da C.R.F.B., sob o argumento de que não atendem a função social.

O labor escravo ainda hostiliza o direito à vida assegurado no art. 5º, *caput*, da C.R.F.B., porquanto este engloba tanto o direito de não ser morto, como também o de viver dignamente.

Também ocorre afronta ao art. 5º, XLVII, da *Lex Mater*, segundo o qual há proibição de imposição de penas de trabalhos forçados ou cruéis. Ora, se ao Estado é defeso aplicar reprimenda de trabalho forçado ou cruel aos condenados, *a fortiori* o particular não pode infligi-la.

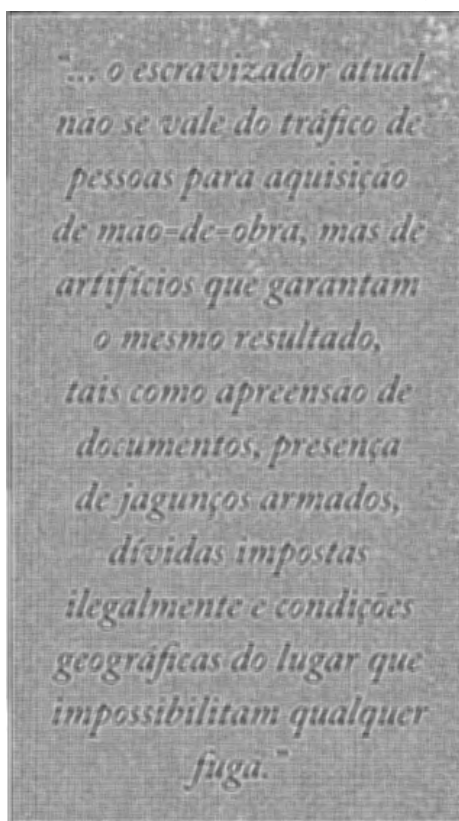
Igualmente, há desobediência a diversos direitos sociais preconizados no art. 7º da C.R.F.B., notadamente aqueles insculpidos nos incs. I, II, III, IV, VI, VII, VIII, IX, X, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII,

XXIII, XXIV, XXVIII e XXXIII.

Outrossim, o art. 170 da Constituição da República é ofendido, tendo em vista que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano, o que decerto não ocorre na prática nefasta de redução de alguém a condição análoga à de escravo.

O trabalho escravo violenta ainda diversos dispositivos da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Artigo 1º. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de



fraternidade.

Artigo 3º. Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo 4º. Ninguém será mantido em escravidão ou em servidão; a escravidão e o trato dos escravos, sob todas as formas, são proibidos.

Artigo 5º. Ninguém será submetido à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

Artigo 23.

1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego.

2. (...)

3. Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social.

4. (...).

Artigo 24. Toda pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e as férias periódicas pagas.

Art. 25.

1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

Por derradeiro, também fulmina vários dispositivos do Pacto de San José da Costa Rica, a saber:

Art. 5º – Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o devido respeito à dignidade inerente ao ser humano.

Art. 6º – Proibição da escravidão e da servidão

1. Ninguém poderá ser submetido à escravidão ou servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas.

2. Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa de liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode

ser interpretada no sentido de proibir o cumprimento da dita pena, imposta por um juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade, nem a capacidade física e intelectual do recluso.

Art. 7º – Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

Art. 21 – Direito à propriedade privada

(...)

3. Tanto a usura, como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem, devem ser reprimidas pela lei.

5. Conclusão

As assertivas delineadas ao norte demonstram quão repugnante é o trabalho escravo, prática responsável pela languidez física, moral e psicológica dos cativos. Mas não pense o leitor que tal modo de escravidão é levado a efeito por pessoas sem instrução. Absolutamente não! Ela é implementada por latifundiários e empresários donos de grandes imóveis rurais que, como mencionado alhures, valem-se de “gatos” para ocultar sua identidade.

Fiscalização há, conquanto insuficiente, haja vista a debilidade do Poder Público e da vastidão do território brasileiro. Ainda assim, é de se reconhecer o brilhante papel desempenhado pelo Grupo Móvel de Fiscalização do Ministério do Trabalho – composto de Auditores Fiscais do Trabalho, Procuradores do Trabalho e Policiais Federais –, bem como digno de louvor é o trabalho do Ministério Público Federal e da Comissão Pastora da Terra, órgãos que ferrenhamente combatem o labor escravo^[9].

Temos agora de esperar maior empenho do Poder Legislativo, máxime da bancada ruralista, no que respeita à elaboração de leis mais duras contra o trabalho escravo, pois se quisermos extinguir essa chaga social, teremos igualmente que extirpar outra: a impunidade. Entretanto, urge salientar que somente a geração de empregos, a reforma agrária, a distribuição de renda e a melhoria das condições sociais serão capazes de erradicar essa doença que assola o Brasil e macula a imagem do país no cenário internacional.

Nota

* Gerson Henrique Silva Sousa é analista processual do MPF em Marabá (PA) e especialista em Direito Processual Civil pela Unisul-LFG-IBDP

Referências Bibliográficas

1. Dado retirado do texto intitulado “Depois dos índios, os negros”, disponível no sítio eletrônico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (www.ibge.gov.br).
2. Art. 149, *caput*, do CP.
3. CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Volume 2, 3. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 302 e 303.
4. JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. 2ª volume, 24ª ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2001, p. 263.
5. HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. 5ª. Ed. Rio de Janeiro : Forense, 1979. v. VI, p. 199 e 200.
6. ARNALDO SUSSEKIND assevera que “o *truck system*, originariamente empregado na Inglaterra, e até hoje utilizado em regiões aonde não chegou o Direito do Trabalho, consiste no pagamento do salário com papéis de aceitação restrita na localidade. Geralmente, com o recebimento desse bônus, ficam os empregados compelidos a adquirir as mercadorias de que necessitam nos estabelecimentos de propriedade do próprio empregador ou de pessoa que lhe assegure comissão no comércio compulsoriamente realizado.” (SUSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1996, p. 473).
7. Com esteio no § 2º, art. 5º, da C.R.F.B., adotamos o entendimento de que as normas que tratam de direitos humanos têm *status* constitucional, ainda que não aprovadas conforme o procedimento legislativo das Emendas Constitucionais. Trata-se do mesmo posicionamento de Flávia Piovesan e do Ministro do STF Celso de Mello. Todavia, a posição da Corte Suprema é que as normas que versam sobre direitos humanos terão *status* supralegal se não aprovadas consoante o procedimento das Emendas à Constituição.
8. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22ª ed. rev. e atual. São Paulo : Malheiros editores, 2003, p. 282.
9. Ressalte-se que no RE 398041/PA, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, julgado em 30/11/2006, o STF assentou o entendimento de que “*Quaisquer condutas que possam ser tidas como violadoras não somente do sistema de órgãos e instituições com atribuições para proteger os direitos e deveres dos trabalhadores, mas também dos próprios trabalhadores, atingindo-os em esferas que lhes são mais caras, em que a Constituição lhes confere proteção máxima, são enquadráveis na categoria dos crimes contra a organização do trabalho, se praticadas no contexto das relações de trabalho. Nesses casos, a prática do crime prevista no art. 149 do Código Penal (Redução à condição análoga a de escravo) se caracteriza como crime contra a organização do trabalho, de modo a atrair a competência da Justiça federal*”. Dessarte, como a competência para o processamento e julgamento do crime etiquetado no art. 149 do CP é da Justiça Federal, cabe ao Ministério Público Federal a atuação no feito que apura esse delito.

O Direito ao Desenvolvimento e a Transferência de Renda e de Recursos Naturais dos Países Pobres para os Ricos

Paulo de Tarso Garcia Astolphi*

Procurador da República em Araçatuba-SP

Celso Waack Bueno**

Doutorando pela Universidade de Paris I – Panthéon-Sorbonne

O Procurador Regional da República José Elaeres Marques Teixeira demonstrou, no Boletim dos Procuradores da República nº 74, de maio de 2007, págs. 3 e 4, ser *“indiscutível o avanço da idéia de direito ao desenvolvimento como direito humano”*. Observou, porém, que, *“do âmbito da formulação conceitual, precisamos avançar para o campo da implementação prática”*. Para tanto, *“dois caminhos foram apontados como aptos a tornar o direito ao desenvolvimento uma realidade. Um é o do incremento de políticas de ajuda externa e cooperação internacional. O outro é o da inclusão dos países pobres no comércio internacional”*. Este seria o mais apto, mas exigiria *“alterações nas normas internacionais do comércio”*, para que os países pobres tenham *“acesso aos mercados dos países ricos”*, *“proporcionando assim uma globalização inclusiva”*, porque *“o modelo no qual se baseia atualmente o comércio internacional tem gerado mais riqueza para os ricos e mais pobreza para os pobres, sendo, portanto, insustentável”*, além do que *“o aumento nas exportações dos países subdesenvolvidos pode efetivamente reduzir a pobreza, tendo em vista que o comércio internacional tornou-se, neste início de novo século, numa das maiores fontes de riqueza mundial”*.

Pois bem, como se nota, ambos os caminhos acima apontados (o segundo com a correção devida) dependem, afinal, da cooperação dos países ricos. Entretanto, há um outro caminho, igualmente apto a realizar o direito ao desenvolvimento – tanto que por ele trilham todos os países ricos –, e que depende apenas dos países pobres. Trata-se do fortalecimento de seus mercados internos, com a exportação apenas do excedente, e por preços que, sem subsídios em qualquer ponto da cadeia produtiva, pelo menos cubram os custos de produção. Este caminho, porém, tem de ser associado a mudanças paulatinas (embora urgentes) nos atuais padrões de produção e de

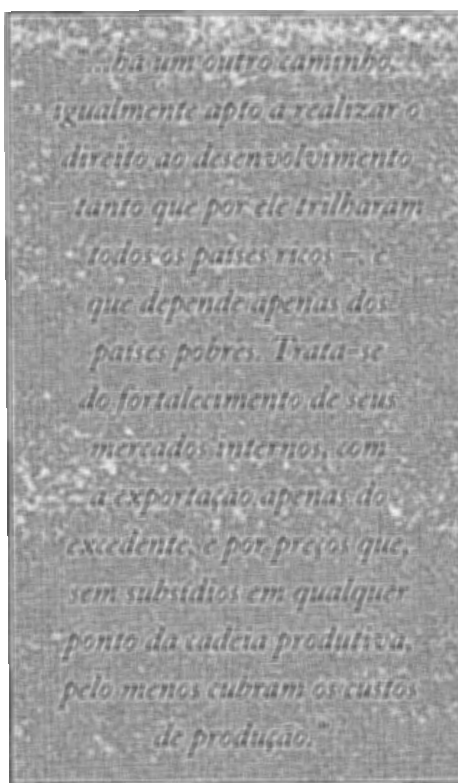
consumo, porque os padrões dos países ricos – que os países pobres são induzidos a copiar – não são generalizáveis, já que dependem de transferência de renda e de recursos naturais dos próprios países pobres, além de implicarem uma degradação humana e ambiental sem precedentes na história. Com estas mudanças, os países ricos serão também estimulados a mudar seus padrões, que, de qualquer forma, não poderão manter sem a “cooperação” dos países pobres.

É o que comentaremos a seguir.

Antes da expansão capitalista, que internacionalizou as atividades econômicas, prevaleciam atividades de base local, isto é, vivia-se de acordo com os recursos disponíveis em cada nação, ou em cada região. O sistema feudal era isso, cada feudo era autossuficiente. No entanto, tal sistema foi sendo infiltrado pela penetração de produtos finos vindos do Oriente, a qual foi gerando atividades de distribuição, para levá-los a cada feudo. Esse processo fortaleceu uma nova classe, de comerciantes, os quais, ao ser interrompida a rota de comércio por terra pelo avanço do império otomano, recorreram à rota

marítima, passando a empreender as grandes navegações.

Era um empreendimento custoso, que implicou o desenvolvimento de técnicas de navegação em alto-mar – a caravela –, mas que enfrentava a incidência de naufrágios frequentes e outros riscos. Os comerciantes, que arcavam com os custos desse empreendimento, necessitavam garantir os lucros da distribuição na Europa. Para isso, engendraram o fortalecimento do poder central dos reis – figuras apenas simbólicas na época feudal –, os quais, imposta a sua autoridade, davam aos comerciantes que os haviam apoiado o monopólio do comércio em toda a nação. Era o fim da Idade Média na Europa, com a formação de países de perfil mercantilista, absolutista e monopolista.



A produção transcende, então, o objetivo do abastecimento local, para se expandir com vistas ao comércio. Este processo faz crescer o interesse por produzir cada vez mais, o que leva à invenção de aparatos capazes de aumentar a produtividade, isto é, as máquinas. Era o advento de uma outra nova classe – os industriais. A burguesia industrial em ascensão, porém, não interessava a manutenção dos monopólios, que tolhiam a expansão de seus próprios negócios. É em função dos interesses dessa nova classe que vão escrever os clássicos britânicos, divulgadores da doutrina do liberalismo econômico.

Tais autores, especialmente Smith e Ricardo, eram brilhantes, progressistas para a época, de pensamento abrangente, que levava em conta, além de aspectos econômicos, também aspectos sociais, políticos e de disponibilidade de recursos naturais. Por isso previram todos que o crescimento industrial se estancaria, face aos limites físicos da disponibilidade de recursos naturais em cada país. Ricardo, porém, reconhecendo esses limites, foi além, observando que o crescimento industrial da Inglaterra poderia continuar, se recursos naturais baratos fossem trazidos do exterior.

Assim se fez: a Inglaterra e outros países em processo de industrialização expandiram seus domínios coloniais, passando a trazer do exterior os recursos necessários para continuar seu crescimento industrial, como foi o caso do algodão, produzido por trabalho escravo nas colônias da América, para alimentar as tecelagens inglesas. Desde antes, no entanto, os camponeses da Inglaterra haviam progressivamente sido expulsos da terra, a fim de dar lugar à criação de ovelhas, para abastecer de lã as tecelagens, num processo que gerou situação social calamitosa no país, o que levou Malthus a prever a multiplicação de mortes pela fome, e Marx a prever a iminência de uma revolução. Tais transformações, geradas pela expansão da indústria, vão induzir dois tipos de ocupação do território nas colônias: para povoamento e para exploração.

Para as colônias de povoamento vieram famílias desestruturadas pelo processo em curso na Europa. No novo continente, ocuparam terra, passando a produzir para seu próprio benefício, num sistema de propriedade familiar, policultura e trabalho livre. Assim, prosperaram, gerando produção e renda, avançando para condições econômicas e sociais progressivamente melhores, o que resultou na formação de um mercado interno nessas regiões. Com base nessas condições propícias, tais regiões terminaram por ingressar também na industrialização, e, a partir daí, passaram a se expandir além de seus limites.

Nas colônias de exploração se estabelece um sistema latifundiário, monocultor, exportador e escravocrata. Produção e lucros vão para o exterior, o trabalho escravo não gera renda localmente, portanto não se forma mercado, a economia não

se diversifica. Essas regiões permaneceram na estagnação e na pobreza.

As regiões em que houve colônias de povoamento – por exemplo, Norte da América do Norte, Sul do Brasil, Uruguai, Argentina, Chile e Austrália – se converteram em regiões de bons padrões econômicos e sociais. Os países em que elas predominaram se converteram em países ricos. Ao contrário, os países em que prevaleceram as colônias de exploração vieram a integrar o “Terceiro Mundo” (como se convencionou chamar) de hoje.

O processo se mantém até hoje basicamente o mesmo. Os Estados Unidos importam mais de 70% das matérias-primas que processam, a União Européia mais de 80% e o Japão mais de 90%. Cerca de 150 países pobres priorizam exportações para abastecê-los, por preços subsidiados, que muitas vezes não cobrem sequer o custo de produção.

No Brasil, o empresariado já formado pela evolução das colônias de povoamento no Sul toma o poder em 1930, e passa a impulsionar a industrialização no país. Graças à ampla disponibilidade nacional de recursos naturais e de mão de obra, e a um certo grau de protecionismo que sempre se adotou no país a partir daí, o crescimento industrial foi rápido (foi importante, também, a mão de obra qualificada e o espírito empreendedor de muitos dos imigrantes que vieram para trabalhar nas fazendas de café, a partir da abolição progressiva da escravatura). Daí em diante se manteve, ainda que com altos e baixos, a tendência ao crescimento industrial no país, já agora se projetando internacionalmente, inclusive se aproveitando das novas condições que vão se criando na economia mundial.

Na atualidade, duas tendências vêm progressivamente transformando a economia internacional: o aumento da concentração do capital e a intensificação da corrida aos recursos naturais.

A evolução técnica foi requerendo quantidades crescentes de capital por unidade de produção, o que tendeu a eliminar concorrentes menos capitalizados, num processo que, na maioria dos setores de produção, foi reduzindo o número de empresas ao nível dos oligopólios, isto é, um pequeno número de empresas controlando a oferta de um produto. E, formado o oligopólio, os preços passam a ser administrados por seus integrantes, por terem adquirido poder para tanto, já que se trata de ofertantes nos quais está concentrado o poder de negociação, enquanto os compradores permanecem dispersos e, portanto, com muito menos poder. Ademais, em muitos casos o oligopólio alcança também condições de oligopsonia, que é a condição de mercado em que a demanda é concentrada em poucos compradores. Assim, essas grandes empresas passam a ditar o preço do que vendem e o preço dos materiais e

serviços que comprem, aumentando cada vez mais seu poder. A partir desse nível, a competição passa a ser também para a compra de outras empresas, do mesmo setor ou de outros, e vão se formando conglomerados empresariais que expandem cada vez mais seus domínios, ainda que absorvendo uns aos outros, diminuindo o número dos grupos que permanecem no mercado, mas aumentando o poder dos remanescentes, que, a essa altura, já controlam a mídia, e, por meio dos “lobbies”, passam a interferir também nas políticas públicas, e, por fim, até mesmo no processo eleitoral.

Essa contínua expansão transcende logo os limites dos países. É já a economia mundial que, em grande medida, está submetida aos ditames de empresas cujas dimensões transcendem os limites de suas nações de origem, atuando os governos dessas nações, e até mesmo organismos internacionais, em função de seus interesses. A economia mundial é, portanto, cada vez mais gerida por corporações transnacionais (ou “multinacionais”), num quadro de esvaziamento do poder de regulação dos Estados nacionais, sem que se crie um poder de regulação internacional.

Por outro lado, o crescimento constante da produção industrial foi requerendo quantidades sempre crescentes de matérias-primas e insumos energéticos, o que vem acelerando cada vez mais a corrida mundial aos recursos naturais – aliás, a causa maior da atual deterioração ambiental. Quase todas as regiões da Terra foram convertidas em fornecedoras de matérias-primas, como também suas populações em fornecedoras de mão de obra barata. O que induziu, de um lado, o desperdício, e, de outro, a devastação e a privação. Tal corrida aos recursos naturais, no entanto, acabou por gerar seu próprio estrangulamento, pois os recursos de maior uso estão se esgotando em todo o mundo. Reproduz-se, assim, em âmbito global, a questão dos limites ao crescimento, presente na obra dos economistas clássicos para o âmbito de cada país.

Com a restrição na oferta e a demanda ainda crescente, deu-se o inevitável: o aumento dos preços das matérias-primas, que começou, já de forma alarmante, em 1973, com a crise do petróleo – cujos preços, hoje, não param de subir –, mas que vai se alastrando para outras matérias-primas, até mesmo para o minério de ferro, o mais abundante dos minerais metálicos. O crescimento da China tem intensificado essa tendência de encarecimento de tais “commodities” (como são chamadas nas relações comerciais internacionais); mas, independente disso, a tendência vai se manter, a menos que se restrinja drasticamente o consumo, o que abalaria os fundamentos da economia dos países ricos, dependentes do consumismo e do desperdício.

Os sucedâneos dos recursos em esgotamento vão aparecendo, mas em ritmo lento, por dependerem de muita pesquisa

e desenvolvimento, que permita o aproveitamento econômico das inovações, e de adaptação do sistema produtivo aos novos materiais, muitos dos quais, aliás, terão impacto ambiental, agravando esse aspecto dos problemas contemporâneos. O mundo se depara com problemas de várias ordens, que se agravam mutuamente.

O fato, de certa forma curioso, é que essa grave crise tende a melhorar a situação dos países pobres, pois os preços das matérias-primas devem se manter em um patamar mais elevado. O Brasil, que já vinha em um processo longo de crescimento, beneficia-se agora dessa valorização – que o digam a Petrobrás e a Vale, hoje duas das maiores empresas do mundo. A isso se acresça ser o Brasil o quarto produtor mundial de aviões, o sexto de carros, e o maior exportador de minério de ferro, de carne, de soja, etc., além de ter criado e estar expandindo a opção álcool combustível. O país se integra à economia globalizada com poder de barganha crescente.

Mas há um “detalhe” descuidado nesse processo: a população de baixa renda.

Setenta por cento da população do Brasil não tem acesso à água tratada, do que decorre alta incidência de enfermidades. Pelo menos um terço da população é subnutrida. Os serviços de saúde pública são em maioria precários, e quase inexistentes em vastas regiões. A educação oferecida à população de baixa renda é clamorosamente deficiente. Milhões vagam pelo país sobrevivendo de forma precária, paradoxalmente num país de tão vastos recursos. É provável que o Brasil seja o país do mundo com mais terra sem gente e mais gente sem terra. Esse gigantesco contingente de mão de obra ociosa tende a convergir para os grandes centros – é a marginalidade rural transbordando na marginalidade urbana, com seu conhecido impacto econômico e social. O atual assistencialismo emergencial não resolve o problema, apenas protela a solução.

Há alguma melhoria transferida para baixo pelo enriquecimento do setor exportador capitalizado, mas de longe insuficiente, face à enormidade dos problemas sociais. No entanto, o potencial humano e natural está aí, em grande parte ocioso – trata-se de pô-lo a produzir. Não há necessidade de mexer com o que está produzindo, mas é preciso habilitar o que está ocioso. Quase a metade dos latifúndios está ociosa, e há a enorme ociosidade das terras devolutas. O assentamento da mão de obra ociosa nesse solo ocioso irá acabando com os enormes custos financeiros e sociais da marginalidade rural e urbana, pondo a sociedade na rota do equilíbrio. Em termos comerciais, a propriedade familiar é menos eficiente que a monocultura extensiva, mas é muito mais eficiente em termos sociais. As famílias assentadas na terra, além de se bastarem a si próprias, acabarão por gerar renda e se constituir em fator

de ampliação do mercado interno. Os dispêndios públicos iniciais necessários serão muito menores do que os custos da marginalidade.

Não se pode esquecer que todas as potências econômicas, embora exportem bastante, têm no mercado interno a sua maior força. Não se pode esquecer, também, que a maior economia de todos os tempos – a americana – teve sua origem na facilidade de ocupação do solo pelas famílias, critério que, após a Guerra Civil, e por causa de quem a venceu – o Norte originário de colônias de povoamento –, prevaleceu em todo o país. Ou seja, um país em que todo o solo produzia, porque ocupado, e todas as pessoas produziam, porque dispunham de terra para produzir. Assim, a indústria pôde se expandir enormemente, porque dispunha de um enorme mercado, e os custos de produção industrial foram baixos, devido à grande escala de produção, o que compensou com vantagem os altos salários pagos em toda a história dos Estados Unidos. Este é o segredo para que um país de tão altos salários seja tão competitivo no mercado internacional – a escala de produção alcançada pela magnitude do mercado interno. Enquanto isso, o Brasil, por não habilitar seus fatores ociosos, tem um mercado interno relativamente pequeno, e, portanto, pequena escala de produção e altos custos, forçando baixos salários para poder competir internacionalmente.

A propósito, a fixação do salário mínimo, de há muito, se faz em valores incapazes de atender às necessidades vitais básicas dos trabalhadores, frustrando, entre outras, a garantia do art. 7º, IV, da Constituição de 1988; no entanto, a própria Constituição pode ter contribuído para isso, ao consagrar o esforço exportador, com as imunidades tributárias dos arts. 153, § 3º, III (de IPI); 155, X, “a”, e XII, “e” (do ICMS); e 156, § 3º, II (do ISS) – das quais a primeira e a última, vale notar, são inéditas. Tais imunidades implicam desonerar os estrangeiros de contribuir para a infraestrutura estatal (transportes, saúde, segurança, educação, etc.) que possibilitou a produção do que eles importaram. É o que se poderia chamar de “custo Brasil”, ou seja, o país é um custo para quem se aproveita de seus bens.

No entanto, é preciso ter claro que não se pode ampliar internamente a reprodução dos padrões de consumo dos países ricos, padrões gerados e mantidos por acumulação internacional de recursos, não sendo, portanto, generalizáveis. Os

padrões-objetivo para a maioria da população do Brasil terão de ser padrões sóbrios, equilibrados social e ambientalmente. As empresas operando no Brasil podem perfeitamente desenvolver linhas de produtos adequados a esse perfil; o que lhes será compensador da mesma forma, dado o grande potencial de mercado ainda não aproveitado nessa faixa.

Isso, aliás, é válido para o conjunto dos países do “Terceiro Mundo”, onde há bilhões de pessoas fora do mercado. Como já fôra observado nos relatórios da Socialdemocracia de 1980 e 1985, por aí se alcançará a redescoberta da economia mundial, que não pode depender das condições econômicas de apenas alguns países, muito menos só dos Estados Unidos.

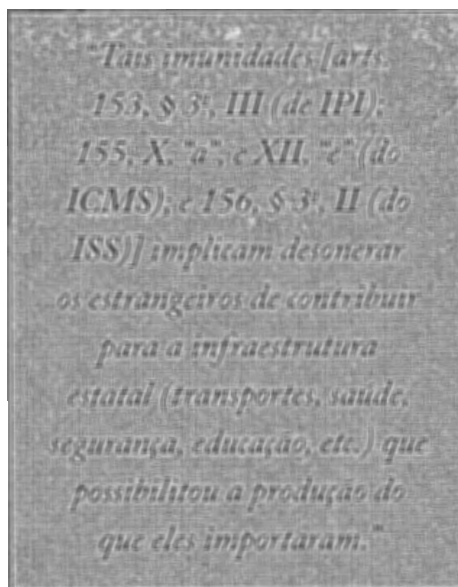
A proposta da Socialdemocracia era interromper a corrida armamentista, que consome atualmente um trilhão de dólares anuais, e usar esses recursos na promoção do desenvolvimento do “Terceiro Mundo”, o que levaria poder de compra a esses bilhões de excluídos, com isso aumentando em muito as dimensões do mercado mundial. Um raciocínio semelhante ao válido para o Brasil, onde a insistência no “exportar é o que importa” – agora enraizada na Constituição – leva ao abandono de políticas de aproveitamento do potencial interno de mercado, representado por dezenas de milhões de pessoas sem poder de compra.

Esse é o mercado natural do Brasil; sem ele, dificilmente se avançará para o campo da implementação prática do direito ao desenvolvimento, e, em consequência, a República continuará distante de cumprir dois de seus objetivos fundamentais – que, a propósito, reforçam a ideia de direito ao desenvolvimento como direito fundamental –, quais sejam: “garantir o desenvolvimento nacional”, e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, II e III, da Constituição de 1988).

Notas

* Paulo de Tarso Garcia Astolph é procurador da República em Araçatuba (SP), graduado pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas.

** Celso Waack Bueno é graduado em Ciências Econômicas pela Universidade de São Paulo, mestre pela New School for Social Research (Nova York, EUA), doutorando pela Universidade de Paris I – Panthéon-Sorbonne e ex-integrante da equipe técnica das Nações Unidas para a área de desenvolvimento econômico e social.



A Ordem de Sustentação Oral nos Processos Criminais Perante os Tribunais: uma leitura acerca do espectro do que decidido pelo STF no HC nº 87.926-SP

Douglas Fischer

Procurador Regional da República – 4ª Região
Mestre em Instituições de Direito e do Estado pela PUCRS

Verdadeiro *leading case* acerca do tema, no julgamento do HC nº 87.926-SP (Relator Ministro Cezar Peluso, Plenário, julgado em 20.02.2008, publicado no DJ em 25.04.2008), em que se debatiam procedimentos havidos em *ação penal pública*, decidiu-se que, em caso de haver recurso *exclusivo* da acusação, o representante do Ministério Público, mesmo que na qualidade de *custos legis* (para o e. Relator, o Ministério Público é *sempre parte* na ação penal, em qualquer grau de jurisdição), deve se manifestar na sessão de julgamento *antes* da sustentação oral da defesa, como forma de concretizar o princípio do devido processo legal, a cujo âmbito percentem as garantias da ampla defesa e, especialmente, do contraditório (art. 5º, LIV e LV, CF). Além disto, definiu-se que o direito de a defesa falar por último na situação concreta (recurso *exclusivo* da acusação) era imperativo que decorria do próprio sistema, e que eventual inversão na ordem acarretaria (necessariamente) prejuízo à plenitude da defesa. Reconheceu-se, portanto, naquela situação, que o disposto no parágrafo único do art. 610 do CPP viola o devido processo legal.

Do que se compreende do voto do eminente Relator, Ministro Cezar Peluso, defendeu sua Excelência (o que não estava em pauta no julgamento do *caso concreto*, pois a discussão era a ordem de sustentação quando houvesse recurso *exclusivo* da acusação) que o “*ainda que invoque a qualidade de custos legis, o representante do Ministério Público deve sempre pronunciar-se, na sessão de julgamento de recurso, antes da sustentação oral da defesa*” (p. 7 do voto). Enfatizou, em seguida, que entende que “*fere, igualmente, as garantias da defesa todo expediente que impeça o acusado de, por meio do defensor, usar*

a palavra por último, em sustentação oral, sobretudo nos casos de julgamento de recurso exclusivo da acusação” (p. 8 do voto).

Cremos estar acertada a decisão quanto à *conclusão* no sentido de que, *no caso concreto*, a sustentação oral deveria ser feita primeiramente pelo Ministério Público, mesmo quando,

eventualmente, não se defendesse a tese objeto do recurso acusatório (Princípio da Independência Funcional – art. 4º da LC 75/93 e art. 1º, parágrafo único, Lei 8.625/93). Não nos restam dúvidas: à luz de uma Constituição *garantista* (na verdadeira concepção e acepção do termo, buscada na origem dos ensinamentos de Ferrajoli), quando se tratar de recurso *exclusivo* da acusação, o contraditório impõe que a defesa fale por último, como se dá no curso normal do processo penal até ser exarada decisão (seja em primeiro grau ou nos tribunais). Compreendemos que o princípio do contraditório – mais ele que a própria invocação do princípio da *ampla defesa* – pressupõe exatamente seja garantida à defesa a possibilidade de *rebat*er as teses acusatórias. E para *rebat*er a cronologia é óbvia: deve falar por último. Claro: se no curso do processo penal houver alguma inversão da ordem dos atos, há se analisar se a inversão efetivamente importou em prejuízo (notadamente) à defesa.

Ulteriormente, referido entendimento restou também sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça, que, embora não reconhecendo nulidade no caso concreto, reafirmou:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CPP. INOCORRÊNCIA. APELAÇÃO INTERPOSTA

“...à luz de uma
Constituição garantista
(na verdadeira
concepção e acepção
do termo, buscada na
origem dos ensinamentos
de Ferrajoli), quando
se tratar de recurso
exclusivo da acusação,
o contraditório impõe
que a defesa fale por
último, como se dá
no curso normal do
processo penal até ser
exarada decisão (seja em
primeiro grau ou nos
tribunais).”

PELA DEFESA. SUSTENTAÇÃO ORAL. INVERSÃO DA ORDEM CRONOLÓGICA. SÚMULA 284 DO PRETÓRIO EXCELSO E SÚMULA 07 DESTA CORTE. PRECEDENTE DO PRETÓRIO EXCELSO. PRERROGATIVA DA DEFESA DE SE MANIFESTAR POR ÚLTIMO. [...] IV – Em consonância com recente entendimento firmado pelo Pretório Excelso (HC 87.926/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso), o pleno exercício do contraditório assegura à defesa o uso da palavra por último, no caso de realização de sustentação oral. Recurso especial não-conhecido. (*Recurso Especial n. 966.462/RJ, Relator Ministro Félix Fischer, 5ª Turma, unânime, julgado em 07.08.2008, publicado no DJ em 10.11.2008*).

É de se ver que, pela *ementa*, o Superior Tribunal de Justiça *parece* ter ido além do que firmado no precedente invocado. Salvo melhor juízo, deflui que o STJ acabou reconhecendo que *sempre* o *parquet* deverá falar por último. Como de modo reiterado será dito aqui (*porque, parece, os tribunais já de algum tempo estão se vinculando muitas vezes mais à ementa que ao que efetivamente decidido ou diante das peculiaridades do caso concreto*), no julgado do STF, em nossa leitura, o único voto que defendeu explicitamente a necessidade de *sempre* o Ministério Público falar primeiro foi o do relator, Ministro Peluso. Nenhum dos demais integrantes do julgado na Corte Suprema aderiu a tal posicionamento, muito menos foi objeto de deliberação (eis que, como dito, a cognição do caso concreto impunha limites: trava-se de caso em que o recurso era *exclusivo* da acusação).

Frisando-se haver total concordância com as *conclusões* da Corte Suprema *para o caso concreto* antes mencionado, mister destacar que se ousa discordar do *argumentos* do voto-condutor no sentido de que o Ministério Público deverá *falar sempre* antes da defesa (embora, reitere-se, esse não fosse o tema posto em debate no caso, em que se discutia a ordem da sustentação oral quando houvesse *recurso exclusivo da acusação*). Em nossa compreensão, ao menos da leitura da *íntegra* do julgado, nenhum dos demais votos proferidos naquela assentada assentou explicitamente tal linha de raciocínio.

De qualquer forma, com todas as *vênias*, assim não nos parece a melhor hermenêutica, a adotada pelo ministro Relator, como *fórmula genérica* para a questão ora em debate. Consta do voto do relator que “o direito de a defesa falar por último decorre, aliás, do próprio sistema normativo como se vê, sem esforço, a diversos preceitos do Código de Processo Penal. As testemunhas da acusação são ouvidas antes das arroladas pela defesa (art. 396, caput). É conferida vista dos autos ao Ministério Público e, só depois, à defesa, para requerer diligências complementares (art. 499), bem

como para apresentação de alegações finais (art. 500, incs. I e III). A defesa manifesta-se depois do Ministério Público ainda quando funcione este apenas como custos legis, o que ocorre nas ações penais de conhecimento, de natureza condenatória, de iniciativa privada: determina o art. 500, § 2º, que o Ministério Público, nesses casos, tenha vista dos autos depois do querelante – e, portanto, antes do querelado.” As premissas são verdadeiras, não nos restam dúvidas. Mas não podem levar a *conclusões automáticas* se não for incluída uma (outra) premissa, que pode variar conforme o desiderato do processo penal. Com efeito, a garantia de a defesa falar por último decorre como corolário especialmente do contraditório (também, de certa forma, da *ampla defesa*) quando está em busca, pela acusação, de uma pretensão condenatória (embora, como bem dito no voto do Ministro Carlos Britto no precedente em análise, o *parquet* não pode jamais ser “confundido com um raivoso órgão de acusação”, o que justifica o seu dever de postular a absolvição se assim entender como correto). Mas se a pretensão à condenação for atendida (e a aqui se apresenta a premissa que temos por relevante incluir no raciocínio silogístico, como uma variante possível), eventual ataque à decisão será feita pela defesa (melhor dizendo em *favor da defesa*, porque o *parquet* também tem legitimidade e interesse para recorrer em prol do réu). A pretensão acusatória mediante a observância do devido processo legal foi realizada, com a defesa falando *sempre* por último. Não por outro motivo que, corretamente em nossa compreensão, o interrogatório (principal meio de defesa) foi hoje incluído no sistema do CPP como *último ato* do processo. Observe-se bem: todas as normas invocadas pelo e. Ministro Peluso (suas premissas) referem-se ao procedimento adotado na formação da culpa em primeiro grau de jurisdição. Tem razão, no ponto. Até a sentença, inviável se falar em inversão do procedimento, devendo a acusação sempre apresentar seus argumentos para permitir que a defesa, querendo, contra-argamente a pretensão persecutória¹. Garantir que a defesa fale por último quando da sustentação oral em havendo *recurso exclusivo* da acusação é corolário inafastável da ampla defesa. Repete-se: correta a decisão no caso concreto.

Contudo, a partir das premissas anteriores, foi-se além (e de forma equivocada, pensamos) ao ponto de restar plasmado no posicionamento (ao menos do relator) que regras legais, concatenadas com os princípios do contraditório e ampla defesa, imporiam *sempre* ao *parquet* falar por último.

Não pode ser assim, com o devido respeito. É que, no momento em que o *recurso* é *exclusivo da defesa*, entendemos que não se pode mais adotar o mesmo raciocínio até então desenvolvido. É dizer: se a pretensão está no *desfazimento* da decisão condenatória, o ataque (à sentença) agora é feito (ape-

nas) pela defesa, não mais pela acusação (mediante a denúncia, acolhida pelo julgado, total ou parcialmente). A propósito, o Ministro Carlos Britto, em seu voto no julgado em comento, bem apreendeu essa questão, quando disse que “a defesa tem de falar por último, senão não é defesa. A defesa pressupõe um ataque. Quem ataca tem precedência lógica na ordem dos acontecimentos, na ordem da conduta. Só se fala de defesa em função do ataque; só se fala de reação em função de ação; só se fala de contrabater em função de uma agressão; alguém bate e alguém vai contrabater, vai reagir. Então, é elementar, em processo penal, que o órgão de acusação fale primeiro e os advogados de defesa falem por último”.

Em nossa interpretação, quando o recurso for exclusivo da defesa, sem desbordar em absolutamente nada do princípio do contraditório, a paridade de armas (*par conditio*) impõe que, neste caso, o Ministério Público tenha a oportunidade de *contraditar* o que pretende a defesa. O ataque não é mais do titular da ação penal, mas do réu (ou melhor, *em favor do réu*), que não concorda com a decisão exarada em seu desfavor. Noutras palavras, a defesa (ou quem recorre em seu favor) deverá, sim, falar primeiro, porque o que está em jogo, nesse momento, é a pretensão exclusiva da defesa, não mais da acusação, já atendida (é verdade que de forma provisória, mas atendida). A pretensão (à condenação, mesmo que parcial) não é mais acusatória, mas defensiva (nulidade, absolvição ou, se menos, redução da condenação). Querer que o Ministério Público fale *sempre antes* da defesa em hipótese de recurso exclusivo da defesa gerará necessidade de o *parquet* ter que *adivinhar* o que a defesa pretende desenvolver em sua defesa oral. Não lhe será permitido *contraditar* nada, mas *tentar contraditar* com base em meras conjecturas do que, efetivamente, poderá ser dito da tribuna ou eventualmente colocado no recurso em prol da defesa (*não há se esquecer: a sustentação oral é apenas um reforço ao recurso já posto nos autos*). Uma inversão lógica das coisas, *maxima venia*. É dar-se armas diversas para partes, quebrando a paridade do (verdadeiro) *devido processo legal* e em prejuízo da acusação (art. 563, CPP).

É verdade que pode acontecer, e seguidamente ocorre (e esse o ponto que se pretende explorar a partir do precedente), que a pretensão acusatória seja acolhida parcialmente, estando para análise em órgão recursal superior inconformidade de ambas as partes: da acusação e da defesa. Tem-se visto alguns posicionamentos de tribunais no sentido da aplicação quase

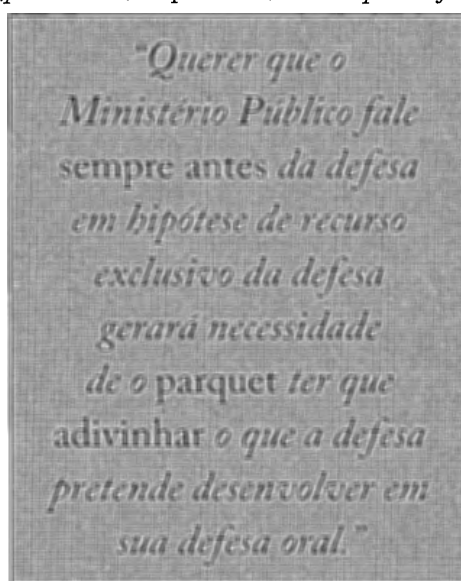
cartesiana do precedente antes citado (HC nº 87.926-SP) – aliás, não raro isso tem ocorrido, pela mera *repetição* das ementas, sem que se acorra pelo menos aos *fundamentos* do debate – no sentido de que, havendo também recurso do Ministério Público (qualquer que seja a pretensão deduzida) ou então do assistente (que atua de forma *supletiva*), falará sempre o *parquet* primeiro na sustentação oral perante o julgamento na Corte recursal. *Data venia*, novo equívoco, decorrente da falha na elaboração das premissas e, também, em equívocos decorrentes de falácias interpretativas. Há muito entendemos como pertinentes – e aqui reiteramos – os ensinamentos de Laurence Tribe e Michael Dorf², que destacam que o intérprete não pode incidir em duas falácias interpretativas fundamentais (*two interpretive fallacies*): a *dis-integration* e a *hyperintegration*.

Incide-se na falácia da *dis-integration* quando se analisa a Constituição (ou a lei *stricto sensu*) como sendo um feixe desconectado de princípios, valores e regras (dizemos ainda, como um desdobramento: de seus *sentidos*). A *hyperintegration* se verifica quando o intérprete tem uma visão limitada da amplitude do conjunto da obra constitucional (ou dos fins de seus preceitos), restringindo-se a compreendê-la como uma rede, porém sem qualquer *costura*, decorrente de nítida *postura reducionista*. Os julgados que estão assentando que, em casos de recursos do Ministério Público e da defesa, falará sempre primeiro a acusação incidem nas duas grandes armadi-

lhas argumentativas, com todas as vênias de estilo.

Prosseguindo, parece-nos que a solução deva passar pela *compatibilização* da situação sob análise (recursos de ambas partes, acusação e defesa) ao que decidido pelo Supremo Tribunal Federal (nos limites postos naquele precedente, dizemos insistentemente).

Já adiantamos (e depois fundamentaremos) como deva ser adotado o procedimento: a) em relação ao recurso do Ministério Público ou da assistência, deverá se manifestar no tribunal, em primeiro lugar, o *parquet*. Mas limitado a falar inicialmente *só* sobre esse recurso; b) depois, falará a defesa, contraditando o recurso do *parquet* e defendendo o seu recurso (a ordem de *como fazer*, escolhe a defesa); c) por fim, novamente deverá ser conferida palavra ao Ministério Público para que se manifeste *unicamente* sobre o recurso da defesa. É dizer: precisa-se garantir o (verdadeiro) *contraditório* em relação à pretensão deduzida pela defesa.



Em caso de haver mínimo *avanço* destes limites para além do que previamente estabelecido (limites do pedido recursal) por qualquer um dos que estejam fazendo a defesa oral perante o tribunal, deverá ser concedida oportunidade à parte adversa a se manifestar novamente (como garantia exatadamente do princípio do contraditório). Ou seja, se em sua *segunda manifestação* (propiciada para falar *unicamente* sobre o recurso da defesa), o *parquet* retomar e insistir em argumentos expostos anteriormente para reafirmar – mesmo que indiretamente – a pretensão objeto do recurso do Ministério Público (ou do assistente), deverá ser garantido à defesa retorquir uma vez mais os argumentos na parte em que (indevidamente) avançou a sustentação ministerial, que deveria estar limitada a apenas rebater a pretensão deduzida no recurso defensivo. Isto é contraditório, ao menos para nós !

Há quem sustente que, nesta solução proposta, haveria quebra de armas, na medida em que o Ministério Público *falaria duas vezes*. De fato, *falaria duas vezes*. Entretanto, falar duas vezes não significa qualquer quebra de paridade de tratamento ou de armas, salvo se o limite que se permite na exegese dos fatos é ver o número de vezes (*e não o quê, nem fundamentos constitucionais, muito menos os motivos*) que as partes falam. Aliás, não se pode perder de vista que essa hipótese é muito corriqueira. E os exemplos são importantes para permitir uma visualização mais rápida das incongruências de certos posicionamentos. Com efeito, trazendo um a lume, em casos de recurso exclusivo da acusação, feita a sustentação oral pelo *parquet*, traz explicitamente a defesa – da tribuna – fatos *novos* que não foram objetos da argumentação expendida no recurso escrito. O que se faz ? Permite-se ao Ministério Público *falar novamente* sobre o *fato novo*. Falou *duas vezes*, nem por isso há nulidade decorrente de suposta violação do devido processo legal. O que se permitiu foi exatamente fazer valer a verdadeira *par conditio*.

Nesta toada, exigir que o Ministério Público fale *sempre* primeiro (quando houver recursos da acusação e da defesa) aí sim é impor ônus ao *parquet* (com verdadeira inversão processual, incorrendo no que denominamos há algum tempo de *garantismo hiperbólico monoclar*³) de ter que se antecipar (mediante verdadeiro exercício de *adivinhação* – e não há outro termo para utilizar) ao que *provavelmente* irá dizer a defesa da tribuna, inconformada com a decisão na parte por ela recorrida (sucumbência *só sua* nesse espectro). Traz-se exemplo que chega aos limites do paradoxal. E o exemplo é real, verdadeiro, já ocorrido. Estavam em pauta dois recursos perante o tribunal: o da acusação, que pugnava *unicamente* pelo aumento de pena-base (circunstâncias do art. 59 do CP); o da defesa, com inúmeras preliminares de nulidades, provas acerca da auto-

ria, materialidade, excludentes de ilicitude, inúmeros tópicos. Mais um detalhe (que não alteraria nosso raciocínio, mas que conduz o caso às raízes do surrealismo): o parecer escrito do Ministério Público (em segundo grau) era pelo *desprovemento* da pretensão da própria *acusação* (limitada à discussão do aumento de pena, reitere-se). Invocando-se o “*precedente*” do STF, a Corte Regional obrigou o órgão oficiante em segundo grau que falasse *necessariamente primeiro* sobre *todos os aspectos*, inclusive sobre o recurso da defesa. Compreendeu-se que a admissão de duas intervenções do Ministério Público quebraria a paridade de armas. Não se disse *como* haveria a (suposta) quebra de isonomia, mas assim se impôs. Insiste-se: a divergência é unicamente argumentativa. Mas a situação narrada, em nossa compreensão, viola diretamente a melhor compreensão acerca da interpretação harmônica dos sistemas constitucional e legal, implicando diretamente inversão processual à luz do (verdadeiro) contraditório, causando quase que certamente o cerceamento de o Ministério Público poder *contraditar* o que pretendido pela defesa (que, em sentido geral, é desfazer o que já foi acolhido pela decisão anterior, com a qual se pôs de acordo o *parquet*). Mais: a prova do prejuízo (art. 563, *in fine*, CPP) pela (essa sim) inversão processual (impondo-se o ônus ao Ministério Público de falar *sempre antes e em numa só vez*) é quase impossível. Verdadeira *prova diabólica*, tão invocada em favor da defesa, mas que aqui se apresenta em favor do interesse social, consubstanciado na necessidade (se for o caso) de punição do agente criminoso mediante o (verdadeiro) devido processo legal. Há se deixar uma vez bem claro: o réu merece ter seus direitos fundamentais protegidos (e o *parquet* é o maior guardião deles, por paradoxal que possa parecer para alguns), mas não ao custo da violação do devido processo legal e da quebra da paridade de armas.

Como já antecipado, nenhuma irregularidade haveria em o *parquet* falar primeiro abordando exclusivamente o recurso do Ministério Público ou da assistência. À defesa se oportunizaria contraditar a irresignação ministerial (ou do assistente da acusação, se fosse o caso), fazendo em seguida a defesa (primeira) do recurso em prol do réu. Por último, em verdadeira *otimização* do princípio constitucional do contraditório, se permitiria ao Ministério Público analisar a pretensão da irresignação defensiva (rebatendo, se for o caso – pois poderia concordar com o pleito, o que não raro acontece).

Também já se disse que, em determinadas circunstâncias (*casos complexos*), as pretensões recursais (da defesa e do Ministério Público) se *entrelaçariam* (notadamente quando houvesse debate probatório), impedindo (digamos assim) uma *separação* tão hialina das pretensões em debate. Isso pode acontecer, efetivamente. Mas só o caso concreto irá revelar. E nesses casos,

incumbe ao órgão colegiado julgador analisar, topicamente, se na ordem aqui proposta de sustentações houve alguma *invasão* indevida dos limites argumentativos. Em havendo, concede-se a palavra à outra parte. É simples. O que não entendemos correto é que haja um *tarifamento* da ordem de sustentação oral sem que se compreenda a essência dos fundamentos invocados: a ampla defesa e o contraditório.

Notas

¹ Claro: se no curso do processo penal houver alguma inversão da ordem dos atos, há se analisar se a inversão efetivamente importou em prejuízo (notadamente) à defesa. Exemplo bastante simples (até simplório) a ilustrar o afirmado: imagine-se a hipótese em que testemunha de defesa meramente abonatória foi ouvida antes da testemunha de acusação. Não há se falar em prejuízo – art. 563 do CPP –, bem como há se atentar que não houve influência na

apuração dos fatos – art. 566 do CPP.

² TRIBE, Laurence, e DORF, Michael. *On reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 20. Vide também, dos mesmos autores, a tradução consolidada na obra *Hermenêutica Constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 19–25.

³ De modo sintético, quando dizemos que tem havido uma disseminação de uma idéia apenas *parcial* dos ideais garantistas (daí nos referirmos a um – termo nosso – “*garantismo hiperbólico monocular*”) é porque muitas vezes não se tem notado que *não estão em voga* (reclamando a devida e necessária proteção) *exclusivamente* os direitos fundamentais, sobretudo os individuais. Em nossa *compreensão (integral) dos postulados garantistas*, o Estado (inclusive o Estado-Juiz) deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e segurança, evitando-se a impunidade.

Prerrogativa de Foro nas Constituições Estaduais e a Justiça Federal

Américo Bedê Freire Júnior*

Juiz Federal em Vitória-ES

É sabido que o juiz natural para a instrução e julgamento dos processos criminais é o juiz de primeiro grau, sendo a prerrogativa de foro exceção que precisa estar prevista na Constituição e deve, portanto, ser interpretada de modo excepcional.

A doutrina e jurisprudência vêm admitindo que Constituições estaduais fixem prerrogativa de foro, todavia surge a questão de saber se a prerrogativa de foro fixada exclusivamente na Constituição Estadual pode ser aplicada no âmbito da justiça federal?

O STJ decidiu que:

Acórdão

Origem: STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Classe: HC – HABEAS CORPUS – 86218

Processo: 200701537761

UF: DF

Órgão Julgador: Sexta Turma

Data da decisão: 09/10/2007

Documento: STJ000786504

Fonte

DJ DATA:19/11/2007 PÁGINA:298

Relator(a)

PAULO GALLOTTI

Decisão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, verificado o empate na votação e prevalecendo a decisão mais favorável ao paciente, conceder a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Nilson Naves.

O Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região) votou com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Hamilton

Carvalho.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Ementa

HABEAS CORPUS. SECRETÁRIO DE ESTADO. COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. CRIME DA ALÇADA DA JUSTIÇA FEDERAL. JULGAMENTO PELO TRIBUNAL FEDERAL COM JURISDIÇÃO SOBRE A UNIDADE DA FEDERAÇÃO ONDE O CARGO COM PRERROGATIVA DE FORO É EXERCIDIDO. ORDEM CONCEDIDA.

1 – Tendo em vista que o foro por prerrogativa de função visa a proteger o cargo e não seu ocupante eventual, aquele sim a ser amparado pela garantia legal, e tratando-se de delitos da alçada da Justiça Federal, a competência é do Tribunal Federal com jurisdição sobre a unidade da Federação onde o cargo com prerrogativa de foro é exercido.

2 – O Secretário de Estado em Pernambuco, que praticou crime no Distrito Federal em detrimento de bens ou interesse da União, deve ser processado e julgado pelo Tribunal Federal da 5ª Região.

3 – Habeas corpus concedido.

Indexação

VEJA A EMENTA E DEMAIS INFORMAÇÕES.

Data Publicação

19/11/2007

Doutrina

OBRA: PROCESSO PENAL, 18ª ED., ATLAS, 2006, P. 179 AUTOR: JULIO FABBRINI MIRABETE

OBRA: PROCESSO PENAL, 2ª V., 28ª ED., SARAIVA, 2006, P. 151/155 AUTOR: FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO

OBRA: CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO ANOTADO, 2ª V. 6ª ED., EDITORA RIO, RIO DE JANEIRO, 1980, P. 217 AUTOR: EDUARDO ESPÍNOLA FILHO

OBRA: TRATADO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL, 1ª V., SÃO PAULO, SARAIVA, 1980, P. 331/332 AUTOR: JOSÉ FREDERICO MARQUES

Referência Legislativa

SUM(STF) SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL LEG_FED SUM_ SUM_702 CF-1988 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 LEG_FED CFB_ ANO_1988 ART_108 INC_1 LET_A CPP-41 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL LEG_FED DEL_3689 ANO_1941 ART_69 ART_70 ART_71 ART_84 ART_87 CES-PE CONSTITUIÇÃO DE PERNAMBUCO LEG_EST CES_ ANO_1989 ART_43

Respeitosamente, não entendo ser aplicável a justiça federal as prerrogativas de foro previstas exclusivamente na Constituição Estadual.

Primeiro, é de se lembrar que a Competência da justiça federal tem sede na Constituição Federal, não podendo norma estadual ampliar ou reduzir a competência da justiça federal em desacordo com o fixado na Carta Federal.

O poder constituinte decorrente dos estados somente pode fixar competências para o Tribunal de Justiça, jamais pode ampliar a competência da justiça federal ou mesmo excluir a competência do juiz federal de 1º grau ao conceder prerrogativa de foro a autoridades que não possuem tal prerrogativa expressamente fixada na Constituição Federal.

Segundo, frise-se que o STF superou a sumula 3** em relação aos deputados estaduais pelo fato de reconhecer que a prerrogativa dos deputados estaduais tem suporte na própria Constituição Federal. Ora, se o fundamento para a modificação do entendimento jurisprudencial é o reconhecimento de que a prerrogativa de foro dos deputados estaduais está na Constituição Federal, o STF não admitiu, nem mesmo de modo implícito, que a Constituição estadual possa criar prerrogativas de foro válidas no âmbito da justiça federal, ao contrário reforçou que a prerrogativa dos Deputados Estaduais é aplicada na Justiça Federal pelo simples fato de tal prerrogativa ter sede na Constituição Federal.

Terceiro, o argumento de simetria (por exemplo, a Constituição Federal tem prerrogativa de foro para os Ministros, então os Secretários normalmente possuem prerrogativa de

foro no âmbito das Constituições Estaduais) não altera os fundamentos jurídicos que impedem o poder decorrente de modificar a competência da justiça federal, não sendo possível admitir a ampliação da prerrogativa de foro pelas Constituições Estaduais, até porque o entendimento que prevalece é que se a Constituição Estadual não trouxer expressamente a previsão de prerrogativa de foro para os secretários de estado, tal prerrogativa não será aplicável, portanto, a simetria não serve de argumento, per si, para justificar a competência originária dos Tribunais.

Quarto, Veja que situação esdrúxula pode acontecer da aplicação da prerrogativa de foro prevista apenas na Consti-

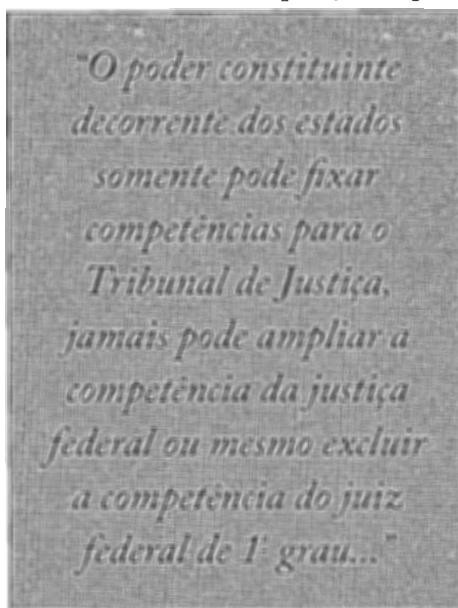
tução Estadual à justiça federal. Se um defensor público do Estado do RJ e um defensor público do ES praticarem crime federal, apesar do mesmo cargo e da competência do mesmo TRF haveria uma diferenciação de competência, porque a Constituição do RJ prevê no artigo 161, IV, d, 2 a prerrogativa de foro aos membros da defensoria pública e a Constituição do ES não tem tal previsão, logo, na lógica da doutrina questionada o defensor público do RJ seria julgado pelo TRF e o defensor público do ES pelo juiz federal de 1º grau, o que seria um absurdo, pois, no âmbito federal não poderia existir tratamento diferenciado ;

Quinto – Lembre-se, ainda, que a súmula 721 do STF prevê que :

“A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DO JÚRI PREVALECE SOBRE O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO ESTABELECIDO EXCLUSIVAMENTE PELA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.”

Ora, tal súmula, mais uma vez, provoca o reconhecimento de um tratamento diferenciado entre as prerrogativas de foro previstas na Constituição Federal e a prerrogativa de foro das Constituições Estaduais a indicar que as normas previstas na constituição estadual não podem alterar o juiz natural fixado pela Constituição Federal. Qual o fundamento para apenas na hipótese do júri prevalecer a competência prevista na justiça federal.

Concluo esse breve artigo com a afirmação de que as prerrogativas de foro previstas exclusivamente nas Constituições Estaduais não devem ser aplicadas na justiça federal devendo o processo tramitar no juízo de primeiro grau.



Notas

* Américo Bedê Freire Júnior é juiz Federal em Vitória (ES), ex-promotor de Justiça/MA, Mestre em Direitos Fundamentais pela FDV e professor de Processo Penal na FDV.

** Informativo 413 STF

Imunidade Parlamentar e Enunciado da Súmula 3 do STF

Declarando superado o Enunciado da Súmula 3 do STF ("A imunidade concedida a deputados estaduais é restrita a justiça do estado"), o Plenário negou provimento a recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal contra acórdão do STJ, proferido em habeas corpus, que, com base no disposto no § 2º do art. 53 da CF, revogara prisão preventiva do paciente, deputado distrital acusado da prática de crimes de formação de quadrilha, corrupção passiva, parcelamento irregular do solo urbano e lavagem de dinheiro (CF: "Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente,

por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos ... § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão."). Entendeu-se que, em razão do mandamento explícito do art. 27, § 1º, da CF/88, aplicam-se, aos deputados estaduais, as regras constitucionais relativas às imunidades dos membros do Congresso Nacional, restando superada, destarte, a doutrina da referida súmula (CF: "Art. 27. ... § 1º – Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas."). RE 456679/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 15.12.2005. (RE-456679)

Uma Abordagem à Concessão do Indulto

Daniel de Resende Salgado*

Procurador da República em Goiás

Membro do Conselho Penitenciário do Estado de Goiás

1. Introito

No HC 90.364/MG, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, o Supremo Tribunal Federal considerou o indulto *“um instrumento de política criminal de que disporia o chefe do poder executivo, configurando o seu emprego típica sanção premial, decisão esta sujeita a critérios de conveniência e oportunidade, a ser empreendida sob a ótica da prevenção criminal.”* (Informativo 486, STF).

Com o mencionado julgado, o Pretório Excelso apenas reafirma e sedimenta o entendimento de que cabe ao chefe do poder executivo definir a extensão dos benefícios coletivos, podendo, por exemplo, excluir do decreto concessivo das indulgências crimes considerados de gravidade mais dilatada. Assim, os normativos concessivos de indulto podem favorecer os condenados por certos crimes e excluir os condenados por outros, uma vez que o benefício *“insere-se no poder discricionário de clemência que detém o Chefe do Poder Executivo, a evidenciar instrumento de política criminal colocado à disposição do Estado para a reinserção e ressocialização dos condenados que a ele façam jus, segundo a conveniência e oportunidade das autoridades competentes”*¹.

2. Sugestão de Exegese para concessão da Clemência Presidencial

Reza o artigo 8º, II, do decreto presidencial 7.046, de 22 de dezembro de 2009²:

“Artigo 8º: Os benefícios previstos neste Decreto não alcançam as pessoas condenadas:

(...)

II – por crime hediondo, praticado após a edição da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, 8.930, de 6 de setembro de 1994, 9.695, de 20 de agosto de 1998, 11.464, de 28 de março de 2007 e 12.015, de 7 de agosto de 2009, observadas as alterações posteriores.”

Da leitura do dispositivo, verifica-se que o Presidente da República valeu-se da técnica (ou ausência de técnica) legislativa da remissão³, ao enviar o intérprete, durante a análise

do dispositivo, àqueles delitos insculpidos na lei 8.072/90. Observa-se que o chefe do poder executivo utilizou uma fórmula sintética para excluir do indulto os crimes considerados abstratamente hediondos.

Destarte, é óbvio, mas importante que se diga, que, ao se reportar à lei de crimes hediondos, o Presidente da República, definindo a extensão das indulgências, quis dizer que os benefícios não alcançam os condenados pelos seguintes delitos, consumados ou tentados:

I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

II – latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

III – extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

IV – extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

V – estupro (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VI – estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VII – epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

VII-B – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998). (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 20.8.1998)

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado. (Parágrafo incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994).

Portanto, o decreto precisa ser analisado pelo intérprete como se em seu bojo estivessem transcritos, um a um (**de forma expressa**), todos os delitos arrolados na lei 8.072/90.

Para ser ainda mais claro, o dispositivo deve assim ser lido:

“Artigo 8º: Os benefícios previstos neste Decreto não alcançam as pessoas condenadas:

(...)

II – pelos seguintes crimes, praticado após a edição da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, 8.930, de 6 de setembro de 1994, 9.695, de 20 de agosto de 1998, 11.464, de 28 de março de 2007 e 12.015, de 7 de agosto de 2009, observadas as alterações posteriores:

a – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V);

b – latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*);

c – extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);

d – extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º);

e – estupro (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º);

f – estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);

g – epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º);

h – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998);

i – genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º, da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956.

Não poderia ser diferente. É que o objetivo da exclusão dos condenados que cometeram crimes enumerados na lei 8.072/90 também seria alcançado com a especificação dos delitos no bojo do decreto, sem referência à rotulação conferida pela lei. Contudo, a opção presidencial foi mais simplória. Decidiu o Presidente da República por uma forma simplificada de se referir a cada um dos crimes, para excluí-los todos do benefício. E assim o fez ao delimitar o alcance das condições do benefício simplesmente remetendo o intérprete à mencionada lei dos crimes hediondos⁴.

A propósito, a própria Suprema Corte parece ter abraçado tal exegese. No HC 84.572/RJ, publicado em 3.12.04, o voto condutor do Ministro Sepúlveda Pertence admitiu que fossem excluídos do indulto aqueles que cometeram crimes hediondos, mesmo antes do advento da lei 8.072/90. O acórdão reconheceu que o Presidente da República, na edição do decreto, ao simplesmente se reportar à lei dos crimes hediondos, quis que não fossem alcançados pelo benefício os que cometeram os delitos ali abstratamente considerados, independentemente de sua consumação anterior à lei. Veja o seguinte trecho do voto condutor, repetindo o entendimento estampado no HC

71.262/SP, relator para o acórdão Ministro Rezek, publicado em 20.6.97:

“Não se discute que o Presidente da República poderia, como de resto vem fazendo nos sucessivos decretos do chamado ‘indulto natalino’, excluir do benefício os condenados por determinados delitos. E, no caso, o decreto foi expresso em escolher, como critério de exclusão, **os delitos definidos como hediondos, na lei**, que mereceria o mesmo adjetivo, a L. 8.072. Se fosse necessária essa definição legal prévia para excluí-los compulsoriamente do indulto, aí sim, o problema de direito intertemporal se me afiguraria grave, mas, **na medida em que o Presidente é livre para excluir esses ou outros crimes, não vejo como a simples remissão à lei, que é técnica simplificada do legislar, feliz ou não**, poderia contaminar um decreto que seria válido com o mesmo conteúdo substancial, com a exclusão exatamente dos crimes que foram excluídos.” (negritei).

Assim, se o magistrado profere uma sentença reconhecendo em seu dispositivo o cometimento de qualquer um dos delitos relacionados na lei 8.072/90, mas, na mesma decisão, prevê benefícios próprios de crimes não hediondos, isso não quer dizer, por si só, que o sentenciado teria direito aos excepcionais beneplácitos presidenciais de indulto ou comutação da pena, constantes no decreto. Isso porque o Presidente da República, ao definir quais crimes não são passíveis de sua clemência, o fez, como dito, de forma remissiva à legislação e a sentença não teria o condão de, por fixação jurídica, afastar o delito do rol abstrato previsto na lei 8.072/90.

Destarte, a condenação em um delito previsto na relação dos crimes hediondos (conforme lei 8.072/90), mas não considerado pela sentença como tal, não exclui seja reconhecido como presente no rol das proibições da concessão dos benefícios, por se encontrar, abstratamente, definido como crimes hediondos e, conseqüentemente, **por remissão, previsto na proibição enumerada pelo decreto presidencial**.

Importante deixar claro que a simples presença do delito no rol de crimes hediondos persevera, mesmo não reconhecido seu caráter hediondo na sentença, para se avaliar a possibilidade de concessão dos benefícios previstos no decreto presidencial. Assim, o Conselho Penitenciário, o Ministério Público e o Juízo de Execuções podem aferir, independentemente do que diz a sentença quanto à hediondez do delito, se o crime a que fora condenado o sentenciado se encontra inserido nas proibições previstas no artigo 8º, II, do decreto 7.046/2009. Isso é reforçado pelo fato de o decreto presidencial não prever a necessidade de reconhecimento da hediondez do delito pela sentença. Esta deve ser avaliada, portanto, *ex vi legis*.

Dessa forma, caso o juiz, por exemplo, antes do advento da lei 12.015/09, ao condenar o agente por estupro com violência presumida, não reconheça, na sentença, a hediondez do delito, como já acontecido em alguns casos⁵ (por exemplo, EXEPEN nº 10383, de Goiás, interessado C.R.S), não deixaria, por óbvio, de condenar o acusado pelo crime insculpido no antigo artigo 213, *caput* c/c artigo 224, "a", do Código Penal (hoje artigo 217-A, do Código Penal). Nesse caso, o instituto da coisa julgada atingiria apenas os benefícios próprios e estritamente ligados à seara judicial da execução penal, como, *v.g.*, a progressão de regime, mas não as excepcionais indulgências políticas e discricionárias do chefe do poder Executivo previstas no decreto.

Assim, ao verificar o dispositivo da sentença e, analisando-o em conjunto com o artigo 8º, II, do decreto da forma ora sugerida, observaríamos que o artigo 213, do Código Penal (com a redação anterior a lei 12.015/2009) encontrava-se inserido, abstratamente, naquela legislação. Destarte, possível avaliar, *in casu*, a possibilidade de concessão do benefício do indulto valendo-se da leitura do disposto no artigo 8º, II, do mencionado decreto, como se cada um dos crimes previstos na lei 8.072/90 estivesse, de forma expressa, ali presentes.

Da mesma forma, em caso de condenação por, por exemplo, homicídio qualificado-privilegiado reconhecido como hediondo em sentença transitada em julgado (como verificado nos autos da EXEPEN nº 4165, de Goiás, interessado F.P.L), a possibilidade de concessão da indulgência estatal deve ser aferida a partir da análise abstrata da existência de tal delito no bojo da lei 8.072/90 e, destarte, como mencionado, transpondo os crimes ali previstos ao mencionado decreto presidencial.

Certo é que o aludido decreto teve a intenção de excluir, do alcance da indulgência, os autores dos ilícitos previstos ab-

tratadamente na lei 8.072/90, considerados intensamente graves e incompatíveis com a benesse, desde que condenados por sentença, independentemente do reconhecimento (ou não reconhecimento), por decisão judicial, de sua natureza hedionda. Deveras, esta foi a real extensão conferida pelo chefe do poder executivo: simplesmente impedir, independentemente da declaração, pela sentença, da hediondez do crime, que agentes condenados pelos delitos estampados na lei de 8.072/90 fossem beneficiados pelo indulto ou comutação da pena.

Notas

* Daniel de Resende Salgado é procurador da República, membro do Conselho Penitenciário

do Estado de Goiás e ex-procurador de Assistência Judiciária/DF

¹ ADI-MC 2795/DF, Relator Ministro Maurício Corrêa.

² Concede indulto natalino e comutação de pena de liberdade, e dá outras providências.

³ No sentido de remeter, de enviar a um ponto dado.

⁴ Interessante notar que o Decreto nº 245/1991, de 29/10/91 (portanto, após o advento da Lei 8.072/90) previa, em seu artigo 6º, uma lista expressa de crimes impeditivos da benesse presidencial, sem se valer da remissão à lei de crimes hediondos. A partir do Decreto 668/1992, a técnica legislativa da remissão passou a ser adotada pelos sucessivos decretos presidenciais.

⁵ Antes do advento da Lei 12.015/09, o delito de estupro, para alguns, seria considerado hediondo apenas quando houvesse violência real. Entretanto, o STF, a partir do julgamento do HC 81.288/SC (j. 17/12/2001, DJ 25.04.2003), firmou-se no sentido de que tal crime, em quaisquer de suas formas (vale dizer, com ou sem violência real) é hediondo.

"Importante deixar claro que a simples presença do delito no rol de crimes hediondos persevera, mesmo não reconhecido seu caráter hediondo na sentença, para se avaliar a possibilidade de concessão dos benefícios previstos no decreto presidencial."

Verdade Real, Ônus Probatório e Iniciativa do Juiz no Processo Penal

Rodrigo Esperança Borba

Juiz Federal Substituto em Divinópolis-MG

Ex-Delegado de Polícia Federal

1. Sistema Acusatório

É cediço que nosso ordenamento jurídico adotou o tão aclamado sistema acusatório, o qual tem como característica fundamental a separação das funções de acusar, defender e julgar, com a atribuição destes a agentes distintos. Corolário disso é a não possibilidade de um desses agentes usurpar a função inerente ao outro.

Nota-se, no entanto, que tal conjunto de princípios vem sendo desvirtuado por determinados doutrinadores e julgadores no sentido de lhe emprestar intensidade tal que acaba transformando o processo em um mero jogo, onde, se uma das partes deixa de aproveitar bem seu manual de instruções, a outra parte se torna vitoriosa, cabendo ao juiz tão-somente declarar tal fato, pouco importando se o faz com dúvida quanto ao acerto de tal resultado e, principalmente, se a sociedade não está sendo agraciada com uma eficaz prestação jurisdicional.

2. Alcance da expressão "Verdade Real"

São uníssonas as vozes da doutrina e jurisprudência quando afirmam que no processo penal vige o princípio da verdade real, enquanto que no processo civil vige o princípio da verdade formal.

Inicialmente, cabe se assentar que essa distinção retrata tão-somente a maior ou menor iniciativa do juiz, condutor do processo, na produção de provas, sendo certo que atualmente, em razão da propalada natureza pública do processo, a distinção entre os dois citados ramos em tal ponto é ínfima, já que não cabe ao juiz, seja qual for a natureza da pretensão material perante si deduzida, ser mero espectador das atividades das partes.

Faz-se mister ter a consciência, no entanto, que, ainda que o magistrado supra as omissões das partes na atividade probatória, a verdade alcançada será sempre a formal, ou seja, a verdade retratada nos autos. O juízo de valor que exercerá quando da prolação da sentença é, por óbvio, sempre fundamentado apenas e tão somente nos elementos formadores de convicção constantes dos autos.

A "verdade" alcançada, portanto, é sempre a mesma: a dos autos. O que difere um princípio do outro é o poder de iniciativa do juiz na produção de provas, e, mesmo assim, como acima exposto, não se trata de diferença substancial, em razão do interesse público demanda uma eficiente prestação jurisdicional, seja qual foi a natureza do direito material tratada no processo.

3. Princípio da Eficiência

O princípio da eficiência, constitucionalizado expressamente pela Emenda nº 19/98, já constava explicitamente em nosso ordenamento jurídico por meio do Dec-Lei nº 200/67 (art. 26, III e 116, I), sendo a eficiência, de resto, objetivo naturalmente ínsito a qualquer organismo estatal quando da prestação de seus serviços.

Costuma-se conceituá-lo com explicações semelhantes à "propensão ao alcance do maior resultado bem qualificado com a prática do menor número de atos possível".

Qualquer pessoa sabe, ou intui, que eficiência de determinado serviço implica a sua prestação ágil, célere, útil, qualificada, eficaz, etc. Não apenas célere, é óbvio. É necessário que haja boa qualidade no serviço. Significa, em suma, o efetivo alcance dos objetivos para o qual foi criado.

No âmbito judiciário podemos dizer que a prestação do serviço jurisdicional é eficiente se feita com celeridade, observando-se todas as garantias processuais das partes, de modo a ser entregue em tempo razoável e útil ao comando que veicular e às expectativas juridicamente amparadas da parte que teve seu pedido considerado adequado ao ordenamento jurídico.

4. Eficiência e Pragmatismo no Processo Penal

A insatisfação da sociedade com os resultados obtidos pela persecução criminal no país é uma realidade incontestável. A insatisfação, aliás, se dá em relação à prestação jurisdicional em geral, a qual se mostra, quase que invariavelmente, excessivamente morosa, sendo marcada por dogmas jurídicos desnecessários à correta aplicação dos preceitos do ordenamento

jurídico vigente e ao atendimento dos objetivos que ensejam o exercício de tal parcela da soberania estatal.

Em seara penal a insatisfação se dá comumente em razão da morosidade e impunidade que chega ao conhecimento da sociedade. A segunda é muitas vezes consequência da primeira. Ambas, no entanto, são frutos, em grande parcela dos casos, de um preciosismo técnico inútil, demagógico e desnecessário à correta aplicação do direito.

Conforme exposto por respeitáveis processualistas¹, o direito processual, após a afirmação científica de sua autonomia, vive atualmente, em razão da constatação da insatisfação acima narrada, uma fase que se pode denominar de crítica, em que se busca outorgar a maior efetividade possível à prestação jurisdicional, seja ampliando o seu acesso, seja dotando o Estado de instrumentos processuais hábeis a possibilitar uma eficiente prestação do serviço judiciário à população.

Salta aos olhos ser imperiosa a necessidade de o Poder Judiciário assumir uma postura pragmática em busca de um eficiente desempenho de seu papel constitucional de resolução de conflitos penais, sempre, obviamente, respeitando as garantias processuais das partes.

O pragmatismo na condução do processo é corolário do princípio da eficiência, não sendo tal campo – o processo – destinado a veicular teorias doutrinárias pomposas de beleza, mas dissonantes da realidade e ensejadoras de um resultado que não se coaduna com a eficiência que se espera da prestação jurisdicional.

5. Ônus Processual e Verdade Real no Processo Penal

A lide inerente ao processo penal tem sempre natureza pública e interessa a toda a sociedade. O Ministério Público é apenas o órgão constitucionalmente escolhido para veicular a pretensão de punir em nome da sociedade (considerando-se que na maioria dos casos a ação penal correspondente é a de iniciativa pública)².

Assim, se em determinado caso concreto, a atividade probatória promovida pelo parquet for insatisfatória, ou seja, caso tal órgão não se desincumbia eficazmente de seu

múnus processual, e existam circunstâncias noticiadas nos autos que redundam em séria dúvida do Juízo quanto ao não cabimento de outras medidas para o esclarecimento dos fatos, deverá o magistrado proceder, de ofício, às diligências que entender necessárias.

Tal conclusão pode causar perplexidade a alguns juristas apegados a vetustos dogmas processuais, que poderiam afirmar: se é ônus, o seu não exercício deveria redundar, obrigatoriamente, em um prejuízo processual, o qual, nesse caso, seria o de ser julgada a pretensão improcedente por falta de provas sem maiores delongas.

Ocorre que se, ante os elementos dos autos já produzidos pelas partes, o magistrado está com dúvidas quanto à “verdade” então alcançada, e entende que a produção de determinada prova poderá fazer com que se desvenda a verdade mais real possível, pode e deve, em observância ao princípio da eficiência e do acesso à justiça (arts. 37, caput, e 5º, XXXV, ambos da CF/88), determinar tal produção de prova.

Note-se que quando assim se procede não se sabe qual

será o resultado do ato determinado, não se podendo dizer que tal atividade é exercida em favor ou desfavor de alguma das partes. Trata-se de atividade exercida pelo condutor do processo, com imparcialidade, para tão-somente esclarecer os fatos, podendo a prova produzida ser, claro, favorável a qualquer uma das partes.

A consequência da não observância do ônus processual se fará sentir quando houver dúvida do julgador quanto à procedência da acusação apresentada em desfavor do réu, e, após o cotejo das provas dos autos, chegar-se à conclusão de que não há prova a ser produzida para o esclarecimento dos fatos, ou seja, não há como se atingir uma verdade mais próxima da real, situação que imporá a absolvição do acusado, já que a sociedade, por meio do Ministério Público (ou querelante), não se desincumbiu do seu ônus processual.

Trata-se da aplicação do conhecido princípio do *in dubio pro reo*. Ocorrerá da mesma forma quando, após a produção da prova determinada de ofício pelo magistrado, a dúvida não é dirimida.

Veja-se, portanto, que a iniciativa do Judiciário não vilipen-

“Em seara penal a insatisfação se dá comumente em razão da morosidade e impunidade que chega ao conhecimento da sociedade. A segunda é muitas vezes consequência da primeira. Ambas, no entanto, são frutos, em grande parcela dos casos, de um preciosismo técnico inútil, demagógico e desnecessário à correta aplicação do direito.”

dia a regra do ônus processual. Certo é que, como já exposto, o princípio da eficiência e do real acesso à justiça (a sociedade é titular imediata deste real acesso no processo penal) restringem a aplicação dos efeitos desse ônus para quando estiverem esgotadas as diligências possíveis ao efetivo esclarecimento dos fatos.

Assim, o magistrado deverá observar tal ônus quando vier a sopesar as provas constantes dos autos para decidir a lide perante si deduzida.

Estudiosos conservadores podem, então, perguntar: Para que, então, serviriam as iniciativas das partes se o juiz “faz tudo”?

Trata-se, *data venia*, de crítica improcedente, já que, como exposto, a iniciativa judicial só será possível se houver elementos nos autos que mostrem que a produção de determinada prova poderá ser útil para o esclarecimento dos fatos. E esses elementos evidentemente foram trazidos aos autos em razão de anterior iniciativa das partes, de modo que a iniciativa do juiz se dá de forma complementar às atividades já exercidas pelas partes.

Observe-se, em síntese, que, para uma real aplicação dos princípios da eficiência e do acesso à justiça (que deve ser, ao menos, a mais efetiva possível), a complementariedade da prova deve ser assim considerada levando-se em conta todo o conjunto probatório já produzido pelas partes e não, como tradicionalmente se faz, em cotejo tão-somente com cada prova requerida isoladamente pelas partes.

6. Conclusão

É tempo de a jurisprudência aplicar o direito em consonância com a realidade, isto é, sem o costumeiro apego a vetustos dogmas instrumentais excessivamente levadas às últimas consequências de forma a constituir obstáculos à eficiência da prestação jurisdicional, sendo certo que tais obstáculos não se coadunam com os princípios e normas constitucionais pertinentes à matéria quando transbordam o objetivo de preservar as garantias processuais das partes.

Neste contexto, é dever do juiz criminal, em caso de dúvida originada pelas provas já constantes dos autos, determinar, de ofício, a produção da prova que entender adequada ao esclarecimento dos fatos deduzidos em Juízo no caso concreto, não constituindo tal iniciativa desrespeito ao sistema acusatório, mas sim aplicação desse em consonância com os princípios da eficiência e do acesso à justiça.

Notas

¹ Por exemplo: ARAÚJO CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 1999; CARREIRA ALVIM, J. E. Revista da Ajufe, nº 73: “Justiça: Acesso e Descesso”, 2003.

² O mesmo raciocínio é aplicável quando o *jus persecuendi in judicio* é exercido pelo particular em casos de ação de iniciativa privada ou de iniciativa privada subsidiária da pública.

Crítica da Razão Técnico-Jurídica

Paulo Queiroz

Procurador Regional da República – 1ª Região

Desconfio de todos os sistematizadores e os evito. A vontade de sistema é uma falta de retidão.

(Nietzsche. Crepúsculo dos ídolos. S. Paulo: Companhia das Letras, 2006).

Como é sabido, a tecnicização do direito e, por consequência, a tecnicização daqueles que operam com o direito, visou atender a uma demanda de segurança jurídica, por se considerar que as questões complexas e difíceis de que cuida a dogmática jurídica contemporânea deveriam competir a especialistas: advogados, promotores, juízes, enfim pessoas com formação especializada. A técnica do direito e dos seus operadores respondeu, assim, a uma mesma pretensão de segurança e correção das decisões, a evitar a improvisação e o domínio das paixões na administração da justiça.¹ A tecnicização representou o triunfo da razão no direito.

De acordo com Hans Welzel, a ciência sistemática dá base para uma administração da justiça uniforme e justa, pois só o conhecimento das relações internas do direito impede o acaso e a arbitrariedade. É que a renúncia a uma teoria do delito, tanto generalizadora como diferenciadora em favor de uma valoração individual qualquer, são palavras de Claus Roxin, faria retroceder a nossa ciência a vários séculos, ou seja, àquela situação de acaso e arbitrariedade. O sistema, portanto, implica segurança, previsibilidade e certeza, conclui García-Pablos.²

Apesar disso, a tecnicização não se deu de forma absoluta, porque ainda existem aqui e ali instituições jurídicas cuja composição toca a leigos em direito, a exemplo do Tribunal do Júri, a quem compete decidir alguns dos crimes mais importantes: os crimes dolosos contra a vida (homicídio doloso etc.).

Mas a tecnicização e profissionalização no direito têm uma série de limitações e, pois, acarretam vantagens e desvantagens.

1) Uma primeira questão diz respeito à própria especialização, isto é: os juristas são realmente especialistas, isto é, peritos nos assuntos de que tratam?³

Parece-nos que em grande parte a especialização dos juristas é um mito. Sim, porque são chamados a se manifestar sobre praticamente tudo e, portanto, sobre temas os mais diversos e nos quais é ou pode ser ignorante: imprudência técnica (de médicos, engenheiros etc.), sistema financeiro etc., por vezes assumindo o papel de economistas, de administradores ou de todos conjuntamente.

Não raro a maior especialização do jurista é, assim, um

simples preconceito, porque, apesar de sua formação técnica numa área específica (a lei e o direito), tem em tese competência para todo e qualquer assunto, dada a onipresença do fenômeno jurídico: medicina, psiquiatria, finanças etc.; são, paradoxalmente, especialistas sem especialidade. Exatamente por isso, certas interpretações jurídicas podem eventualmente parecer ridículas aos olhos de um autêntico especialista/perito.

Além disso, tem razão Feyerabend quando afirma que não especialistas frequentemente sabem mais do que os especialistas e deveriam, portanto, ser consultados.⁴

2) Outra questão é que decisões tecnicamente corretas não são necessariamente decisões justas, assim como decisões tecnicamente incorretas não são necessariamente decisões injustas. Imagine-se, para ficar num único exemplo, que a esposa queira matar seu marido em virtude dos maus-tratos que sofre sistematicamente; para tanto, adiciona veneno na sua refeição, a qual, por desgraça, vem a ser provada pelos filhos, que morrem. Pois bem, de acordo com a técnica fria do Código Penal, houve um homicídio doloso consumado contra o marido, que está vivo e que voltaria a viver com ela tempos depois. Enfim, trata-se de uma tragédia real lida como ficção.

Convém notar ainda que o subsistema penal está assentado sobre uma estrutura econômica e social profundamente desigual, e, por isso, é arbitrariamente seletivo e assim recruta a sua clientela entre os grupos mais vulneráveis, a revelar que a pretensão de justiça está grandemente comprometida desde a sua concepção. Em sua majestática igualdade, dizia Anatole France, a lei proíbe tanto ao rico quanto ao pobre dormir embaixo das pontes, esmolar nas ruas e furtar pão.⁵ E isso sem falar na descontextualização e despolitização dos conflitos que resultam da tecnicização.

Assim, pode ocorrer inclusive de ser aconselhável não apenas ignorar determinada regra, por mais racional, mas adotar a regra oposta.⁶ É que a questão fundamental não reside em produzir decisões tecnicamente perfeitas, mas decisões minimamente justas e razoáveis.⁷ Afinal, e conforme assinala Castanheira Neves, uma boa interpretação não é aquela que, numa perspectiva hermenêutico-exegética, determina corretamente o sentido textual da norma; é antes aquela que numa perspec-

tiva prático-normativa utiliza bem a norma como critério da justa decisão do problema concreto.⁸

Quanto às decisões tecnicamente incorretas, mas nem por isso injustas, bastaria lembrar certas decisões do Tribunal do Júri, formado que é por leigos, e cujos jurados são chamados a decidir, não segundo a lei, mas conforme “a consciência e os ditames da justiça” (CPP, art. 472).

3) Também por isso (distinção entre técnica e justiça), segue-se que uma boa formação técnico-jurídica não constitui garantia de profissionais (juizes, promotores, advogados etc.) justos, mesmo porque podem ser, não obstante a excelência técnica, corruptos, preguiçosos, insensíveis, covardes etc. E uma boa interpretação, na arte como no direito, além de técnica e razão, requer talento e sensibilidade. É que tais atividades demandam habilidades que estão muito além da simples técnica: maturidade, experiência, coragem, capacidade de trabalho.⁹ E decidir não é exclusividade dos juizes, afinal todos nós decidimos permanentemente, como filhos, irmãos, pais, profissionais, membros de órgão de classe etc.

4) É certo ainda que as decisões estão de um modo geral predeterminadas ou pré-condicionadas por nossos preconceitos, e, portanto, na sua origem prescindem da formação técnico-jurídica, de sorte que um conhecimento formal do direito parece servir apenas para justificar decisões tomadas a partir de certas experiências e pré-juízos, que independem da técnica e que lhe precedem necessariamente. Enfim: a interpretação é o resultado do seu resultado; o meio interpretativo e, pois, a forma técnico-jurídica, só se escolhe depois do resultado já estabelecido;¹⁰ decidimos, primeiro; classificamos depois.

5) Não infreqüentemente, os técnicos do direito (a doutrina em especial) se põem a criar e sofisticar conceitos e institutos com absoluta independência da realidade, sem nenhuma relevância prática ou mesmo teórica ou acadêmica. A técnica, que deveria assim ser um meio a serviço da justiça, converte-se em um fim em si mesmo por meio de um diálogo (às vezes um monólogo) entre diletantes do direito, que se ocupam de certas extravagâncias e elegem os temas considerados importantes e lançam, por assim dizer, a moda no direito.

6) Outro problema grave reside no ensino jurídico que,

ligado a um modelo pedagógico autoritário, no mais das vezes privilegia a memória, a repetição e a uniformidade de pensamento, em prejuízo da inteligência, da imaginação e da diversidade, e assim desencoraja a formação crítica e aniquila a individualidade.¹¹ Falta com freqüência o essencial: a formação de espíritos capazes de pensar por conta própria, mesmo porque ensinar não é só transmitir informação, mas criar as condições

para produção do conhecimento.¹²

Não surpreende assim que ensinar/aprender direito significa hoje, basicamente, preparar alguém para ser aprovado em concurso público, e, pois, obter um emprego estável e bem remunerado, de modo que o “bom” aluno, o “bom” profissional, é aquele que obtém aprovação em concurso público, concurso que em geral se limita a cobrar informação de leis e códigos;¹³ e indiretamente estimula a subserviência e o conservadorismo. Por conseqüência, o “bom” juiz, o “bom” promotor, é também aquele que se conforma com a orientação dominante ditada pelo tribunal ou instituição a que pertence. E o “êxito” na carreira jurídica é um *continuum* desse processo de domesticação, que precede à formação jurídica inclusive.

Não é preciso dizer o quanto essa cultura da lei e da ordem favorece a legitimação de estruturas elitizadas de

poder (instituições, tribunais, conselhos) facilmente criticáveis e eventualmente extinguíveis fosse outro o ambiente.

7) Numa confusão mais ou menos consciente entre lei e direito, ignora-se que o direito, assim como justiça, ética, estética etc., é, em última análise, um conjunto móvel de metáforas e metonímias associadas ao que julgamos bom e razoável, e que por isso tem conteúdo grandemente indeterminado; afinal, o direito e o torto não preexistem à interpretação, mas são dela resultado. Pressupõe-se enfim que a interpretação depende da lei e do direito e não o contrário, que é a lei e o direito que dependem da interpretação. Exatamente por isso, a lei, por mais clara, pode ser interpretada de formas diversas e, portanto, conduzir a diversos resultados.

Notas

¹ Segundo Salo de Carvalho, “o homem teórico, forjado na cultura helênica ocidental por Sócrates, narcotizado pela busca da verdade, atribuiu ao saber científico a capacidade de distinguir o erro, de separar essência e aparência.

“...o subsistema penal está assentado sobre uma estrutura econômica e social profundamente desigual, e, por isso, é arbitrariamente seletivo e assim recruta a sua clientela entre os grupos mais vulneráveis, a revelar que a pretensão de justiça está grandemente comprometida desde a sua concepção.”

No entanto este otimismo na razão sistematizadora ofuscou a pluralidade dos fenômenos existentes na realidade e as infinitas formas de interpretá-lo, ou seja, impediu perceber inúmeras formas de manifestação das verdades: de verdades marginais que transpõem os horizontes da moral". *Antimanual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 179/180.

² *Derecho Penal. Parte general*. Madrid: Universidad Complutense, 1995, p. 386. As citações anteriores constam do mesmo livro e página.

³ Uso a expressão "jurista" no sentido de pessoa versada na lei.

⁴ *Contra o Método*. S. Paulo: Editora UNESP, 2007, p. 17.

⁵ Citado por Gustav Radbruch. *Introdução à ciência do direito*. S. Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 107.

⁶ Paul Feyerabend. *Contra o Método*. S. Paulo: Editora UNESP, 2007, p. 37-38.

⁷ Como ensina Castanheira Neves, a linha de orientação exata só pode ser, pois, aquela em que as exigências de sistema e de pressupostos fundamentais dogmáticos não se fecham numa auto-suficiência, a implicar também a auto-subsistência de uma hermenêutica unicamente explicitante, e antes se abrem a uma intencionalidade materialmente normativa que, na sua concreta e judicativa-decisória realização, se oriente decerto por aquelas mediações dogmáticas, mas que ao mesmo tempo as problematize e as reconstitua pela sua experimentação concretizadora. Não é outro o sentido da interpretação enquanto problema normativo, em que, portanto, também estarão presentes as duas grandes coordenadas da racionalidade jurídica, o sistema e o problema, *Metodologia Jurídica*, cit. 123.

⁸ *Metodologia jurídica*. Coimbra: Coimbra editora, 1993, p. 84.

⁹ Já Radbruch afirmava que "o novo direito penal não poderá vingar sem um juiz totalmente novo. Exige, portanto, uma inversão da formação criminalista.

O que vale para o juiz em geral vale particularmente para o juiz penal: *para meio centavo de doutrina deveria corresponder um real de conhecimento da natureza humana e da vida*. Por isso a formação do futuro juiz penal não poderá ser uma formação meramente jurídica, deverá estender-se a técnica criminal, psicologia criminal, teoria carcerária, antes de tudo também experiência prática em instituições de todos os tipos. Tudo isso é necessário para o juiz penal, mas de modo algum suficiente, pois, afinal, o bom juiz penal o é de nascença. O coração bondosamente compreensivo e a mão que conduz com firmeza, que não lhe podem faltar, não lhe poderão ser dados por nenhuma formação. *Introdução à ciência do direito*. S. Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 123.

¹⁰ Radbruch, Gustav, citado por Arthur Kaufmann. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 121.

¹¹ E a ciência precisa de pessoas que sejam adaptáveis e inventivas, não rígidos imitadores de padrões comportamentais estabelecidos. Feyerabend, cit.

¹² Paulo Freire. *Pedagogia da Autonomia*. Paz e Terra: S. Paulo, 2004. Freire chama isso de concepção "bancária" da educação, que consiste em transmitir informação sem nenhum senso crítico. *Pedagogia do oprimido*. S. Paulo: Paz e Terra, 2004.

¹³ Salo de Carvalho chama a atenção inclusive para o fato de que os currículos e livros didáticos de direito penal são pensados e estruturados a partir da disposição dos temas e dos institutos apresentados pelo Código Penal, sendo certo que a codificação determina o conteúdo programático dos cursos. *Antimanual*, cit., p. 24.

Expediente

Coordenação:

Valtan Furtado
vfurtado@prdf.mpf.gov.br

Supervisão:

Adriana Zawada Melo
amelo@prsp.mpf.gov.br

Conselho Editorial:

Adriana Zawada Melo
Flávio Paixão de Moura Júnior
Letícia Pohl Martello
Marcus da Penha Souza Lima
Roberto Luís Oppermann Thomé
Valtan Furtado

Organização:

Assessoria de Comunicação da Fundação
Procurador Pedro Jorge:
Maria Luiza Naves

Editores Eletrônica:

Remat Marketing & Propaganda

Tiragem:

2.500 exemplares

Impressão:

Gráfica Dorneles

Fundação Procurador

Pedro Jorge de Melo e Silva (FPJ)

SGAS Qd. 604, Lote 23, Sala 27, Av. L2 Sul
CEP: 70.200-640 – Brasília (DF)
Tel: (61) 3321-5414 – Fax: (61) 3321-1495
www.fundacaopedrojorge.org.br
fundacao@fundacaopedrojorge.org.br

Diretoria Executiva

Diretora Geral: Eliana Peres Torelly de Carvalho
Diretor Administrativo: Moacir Mendes Souza
Diretor Financeiro: Valtan Timbó Martins Mendes Furtado
Diretor de Ensino e Projetos: Marcus da Penha Souza Lima

Administração

Ângela Maria Oliveira

Associação Nacional

dos Procuradores da República (ANPR)

Presidente

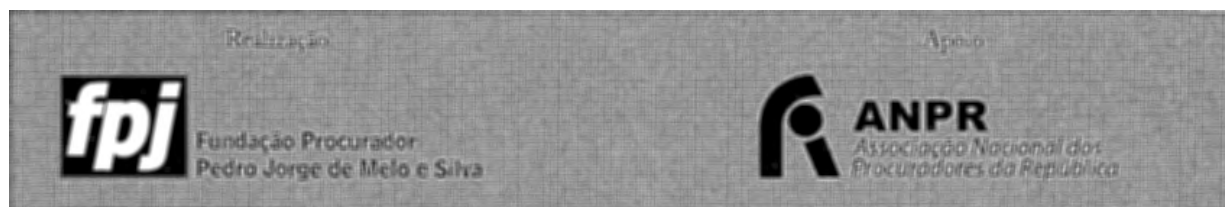
Antônio Carlos Alpino Bigonha

Vice-Presidente

Wellington Cabral Saraiva

Diretora Cultural

Paula Bajer Fernandes Martins da Costa



Código ISSN: N° 1519-3802

Os artigos publicados no Boletim dos Procuradores da República são de inteira responsabilidade de seus autores e não refletem a posição da Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva sobre os temas e discussões propostos nesta publicação.

Ser solidário é o primeiro passo
para transformar o mundo
em um lugar melhor.

**Nosso trabalho
é uma prova disso**

fpj 25 anos

Fundação Procurador Pedro Jorge

Gerando emprego, renda
e melhores oportunidades de vida
para milhares de famílias,
a FPJ contribui cada vez mais
para a formação de uma sociedade
justa, livre e solidária.

Acesse www.fundacaopedrojorge.org.br
e conheça mais sobre os projetos da
fundação.

