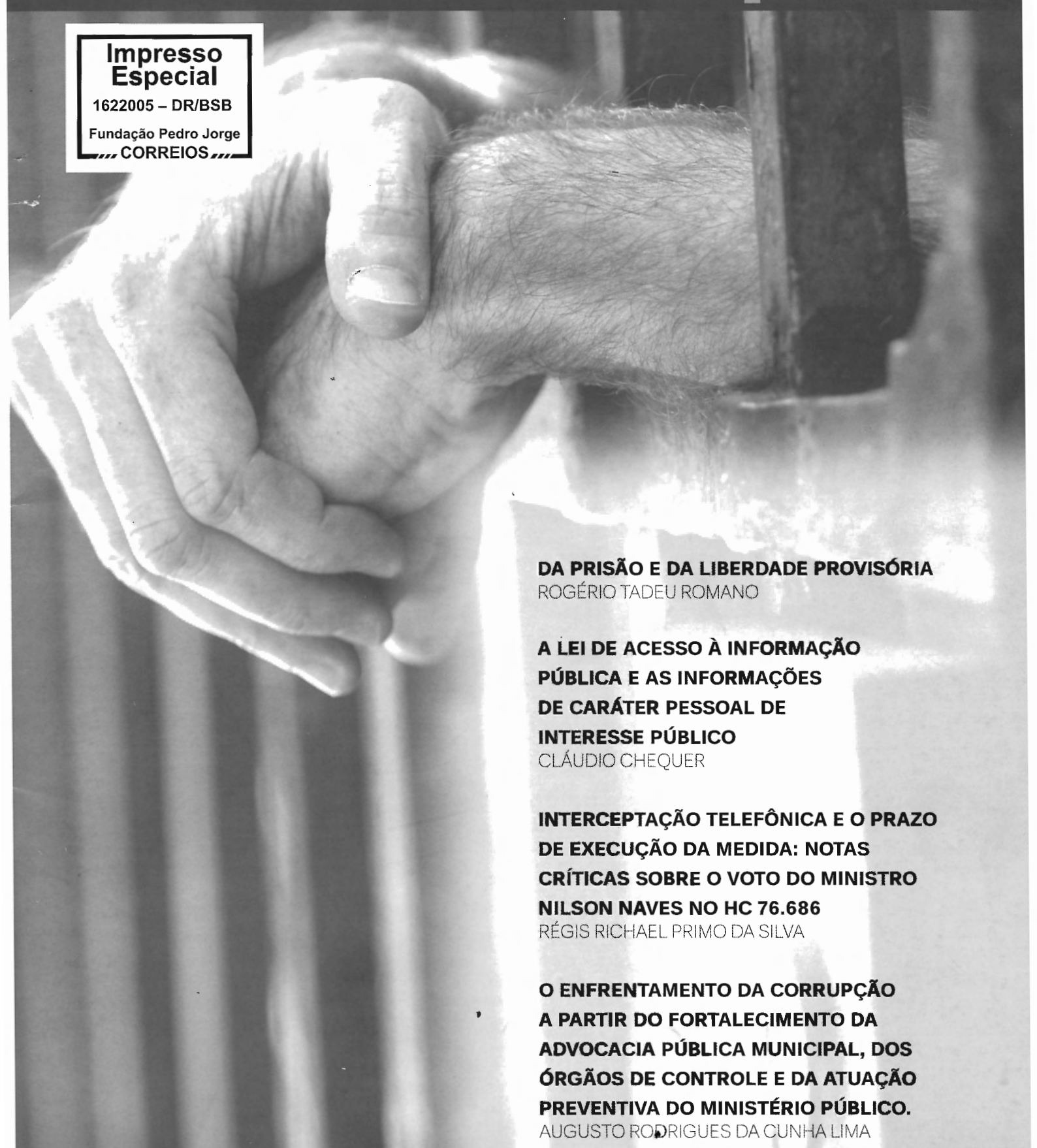
Ano XIII • Nº 84 • Julho 2013

Boletim dos Procuradores da República

Impresso Especial
1622005 – DR/BSB
Fundação Pedro Jorge
CORREIOS



DA PRISÃO E DA LIBERDADE PROVISÓRIA
ROGÉRIO TADEU ROMANO

A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA E AS INFORMAÇÕES DE CARÁTER PESSOAL DE INTERESSE PÚBLICO
CLÁUDIO CHEQUER

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E O PRAZO DE EXECUÇÃO DA MEDIDA: NOTAS CRÍTICAS SOBRE O VOTO DO MINISTRO NILSON NAVES NO HC 76.686
RÉGIS RICHAEL PRIMO DA SILVA

O ENFRENTAMENTO DA CORRUPÇÃO A PARTIR DO FORTALECIMENTO DA ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL, DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE E DA ATUAÇÃO PREVENTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO.
AUGUSTO RODRIGUES DA CUNHA LIMA

fpj Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva
anpr Associação Nacional dos Procuradores da República

Expediente

COORDENAÇÃO:
Valtan Timbó Martins Mendes 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 Timbó Martins Mendes Furtado

ORGANIZAÇÃO:
Assessoria de Comunicação da Fundação Procurador Pedro Jorge:
Marcos Gomes de Paula Novaes
Coordenação de Projetos e Evento da Fundação Procurador Pedro Jorge:
Maya Terra Figueiredo

PROJETO GRÁFICO E EDITORAÇÃO:
Haroldo Brito, Criatus Design

TIRAGEM:
2.000 exemplares

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 FPJ 2013 - 2015:
Dir. Geral:
Luciana Loureiro Oliveira

Dir. Administrativa:
Maria Soares Camelo Cordioli

Dir. Financeira:
Ana Carolina Alves Araújo Roman

Dir. de Projetos e Ensino:
José Jairo Gomes

DIRETORIA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA (ANPR) 2013-2015:
Presidente
Alexandre Camanho de Assis

Vice-presidente
José Robalinho Cavalcanti

Diretora Cultural
Monique Cheker

Código ISSN: Nº 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.

SUMÁRIO

3
DA PRISÃO E DA LIBERDADE PROVISÓRIA
ROGÉRIO TADEU ROMANO

23
A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA E AS INFORMAÇÕES DE CARÁTER PESSOAL DE INTERESSE PÚBLICO
CLÁUDIO CHEQUER

29
INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E O PRAZO DE EXECUÇÃO DA MEDIDA: NOTAS CRÍTICAS SOBRE O VOTO DO MINISTRO NILSON NAVES NO HC 76.686
RÉGIS RICHAEL PRIMO DA SILVA

35
O ENFRENTAMENTO DA CORRUPÇÃO A PARTIR DO FORTALECIMENTO DA ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL, DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE E DA ATUAÇÃO PREVENTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
AUGUSTO RODRIGUES DA CUNHA LIMA

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 no fim de texto e referências biográficas.

Os textos podem ser encaminhados para os endereços eletrônicos:

vfurtado@prdf.gov.br

amelo@prsp.mpf.gov.br

fundacao@fundacaopedrojorge.org.br

DA PRISÃO E DA LIBERDADE PROVISÓRIA

ROGÉRIO TADEU ROMANO

Procurador Regional de República da 5ª Região e Advogado

ÍNDICE RÁPIDO

I. CONSIDERAÇÕES GERAIS . . . 3

II – DA LIBERDADE PROVISÓRIA COM OU SEM FIANÇA. O RELAXAMENTO DA PRISÃO . . . 4

III – DA PRISÃO EM FLAGRANTE . . . 9

IV - DA PRISÃO PREVENTIVA E AS DEMAIS MEDIDAS CAUTELARES . . . 12

V – DA PRISÃO TEMPORÁRIA . . . 15

VI – DA PRISÃO ADMINISTRATIVA . . . 17

VII – PRISÃO ESPECIAL . . . 17

VIII – A PRISÃO DOMICILIAR . . . 19

IX – DA PRISÃO POR PRONÚNCIA . . . 19

X – O ANTIGO ARTIGO 393 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E OS EFEITOS DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. A REVOGAÇÃO DO ARTIGO 595 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL . . . 21

I. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Prisão é a supressão da liberdade individual, mediante recolhimento. Na lição de Siqueira Filho[1] a palavra prisão pode ser empregada sob as seguintes acepções: a) como local de cumprimento da pena ou cárcere(artigo 288 do CPP); b) como pena(pena de prisão simples, nas contravenções ou pena de um modo geral); c) como medida ou meio de encarceramento de liberdade individual(artigo 282 do CPP).

Interessa-nos a prisão que ocorre antes do julgamento, ainda chamada de prisão cautelar. Por certo que se pode falar em prisão, como lugar de cumprimento de pena, onde se tem a prisão especial; a prisão como pena, decorrente de sentença penal condenatória; como imponha pena privativa de liberdade, como reclusão, detenção ou ainda prisão simples.

Pode a prisão cautelar ser: a) prisão em flagrante (artigo 301 do CPP); b) prisão preventiva(artigo 311 do CPP); c) prisão por pronúncia(artigo 408, parágrafo primeiro do CPP); d) prisão por sentença condenatória recorrível(artigo 395, I); e) prisão administrativa (artigo 319 do CPP); f) prisão temporária(Lei 7.960, 21 de dezembro de 1989).

A prisão pode ser efetuada a qualquer dia e hora respeitadas as restrições relativas a inviolabilidade do domicílio(artigo 150, do Código Penal).

A ameaça de invasão domiciliar, por parte da polícia, sem o devido mandado, importa abuso de autoridade, como já decidiu o extinto Tribunal Federal de Recursos, em acórdão relatado pelo Ministro William Patterson, DJU de 9 de setembro de 1982, pág. 8.715.

Por certo, o agente pode ser objeto de perseguição, após o crime, e encontrado(flagrante impróprio), logo após, pela autoridade, pela vítima ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o autor da infração. Pois bem: já se decidiu que não configura crime de violação de domicílio (artigo 150, Código Penal), se o agente entrou na casa somente para escapar à perseguição policial (TACRIM, RT 637/283 e ainda RT 768/674).

Porém, Delmanto e outros[2] entendem que há flagrante em residência só quando há urgência em caso de crime permanente, como é o caso de pessoa encontrada em extorsão mediante sequestro.

No entanto, há jurisprudência admitindo, quando da prática de quaisquer crimes permanentes, a violação de domicílio sem determinação judicial para efetivar a prisão nos julgamentos, seja pelo Superior Tribunal de Justiça, no HC 108.633/RO, Relator Ministro Felix Fischer, DJe de 16

1 Siqueira Filho, Mariano, Curso Básico, São Paulo, Saraiva, 1980, pág. 78.

2 Delmanto e outros, Código Penal Comentado, 6ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, pág. 323 e 324.

de março de 2009 e pelo Supremo Tribunal Federal, no HC 84.772, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ de 12 de novembro de 2004.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 183.110, Relator Ministro Gilson Dipp, 17 de agosto de 2011, considerou, à luz do que prescreve o artigo 5º, XI, que se admite a prisão ocorrida em domicílio, quando há prática de tráfico de entorpecentes, crime permanente, cuja permanência lhe é própria, podendo os agentes adentrar ao domicílio do suspeito, independentemente de mandado judicial, para reprimir e fazer cessar a ação delituosa, a qualquer hora do dia.

Quando a prisão for ordenada por autoridade competente deve ser expedido mandado com os requisitos do artigo 285 do Código de Processo Penal.

Em sua redação primitiva, de 1941, a prisão em flagrante tinha como consequência uma antecipação do resultado final do processo, fundada, sobretudo, na presunção de culpabilidade, decorrente do próprio flagrante, fruto de uma necessidade decorrente de uma presunção da fuga.

Veremos que estamos hoje longe desse entendimento, pois, nos termos da Constituição de 1988, a liberdade provisória, como medida cautelar, contracautela, tem prioridade com relação a prisão.

II – DA LIBERDADE PROVISÓRIA COM OU SEM FIANÇA. O RELAXAMENTO DA PRISÃO

A liberdade provisória, como se via, no passado colonial, era uma exceção à regra da prisão, do que se tem das cartas de seguro, assim, como hoje, a fiança, de que são espécies as medidas cautelares, contracautelas voltadas para a liberdade do acusado.

Mas entenda-se: no passado, a liberdade provisória era uma exceção á regra da prisão, concedida mediante certas garantias, não como direito do preso, mas como faculdade do Poder Público.

A fiança imperava no regime prisional do Código de Processo Penal de 1941, uma vez que a regra era a prisão, somente se admitindo a liberdade após o flagrante nos crimes levemente apenados, para os quais se supunha a sanção não privativa de liberdade ao final do processo.

Fruto desse modo de pensar, tinha-se até a edição da Lei 5.349, de 3 de novembro de 1967, a prisão preventiva compulsória ou obrigatória, que era decretada quando existisse prova do crime e indícios suficientes de autoria, nos crimes punidos com pena de reclusão por tempo máximo, superior ou igual a 10(dez) anos.

Com a Lei 6.416, de 24 de maio de 1977, a prisão cautelar passou a ser aplicada aos investigados conhecidos como perigosos, estendendo-se a fiança para os crimes como penas de reclusão até 2(dois) anos para os primários.

Passou-se com a edição da Lei 6.416/77 e com a inclusão do parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal, a ser regrada a liberdade provisória, desde que inexistentes razões para a decretação da prisão preventiva.

Com a liberdade provisória, face aos ditames da Lei 6.416/77, cabível até mesmo se estava diante de crime inafiançável, e cuja exigência era o comparecimento a todos os atos do processo, a fiança entrou em declínio.

De toda sorte, a proibição da concessão da fiança a réus vadios(como a antiga redação do artigo 313 do Código de Processo Penal) atenta contra a Constituição de 1988, pois a liberdade de agir independe de critérios políticos ou policialescos com referência a quem trabalha ou não.

Na redação atual do artigo 321 do Código de Processo Penal, com a reforma trazida pela Lei 12.403/11, tem-se que ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no artigo 319 do mesmo diploma legal e ainda observados os critérios constantes no artigo 282 do Código de Processo Penal. É a liberdade provisória sem vinculação, que, no passado, diante da redação dada ao mesmo artigo 321 do Código de Processo Penal, determinava que cabia, por óbvio, liberdade provisória sem fiança, na hipótese em que à infração não era de forma isolada, cumulativa, ou alternativa, cominada pena privativa de liberdade, às contravenções a que for aplicada pena de multa, aos crimes de responsabilidade do Presidente da República e dos Ministros de Estado(Lei 1.079, de 10 de abril de 1950), dos prefeitos e vereadores, a teor do Decreto-lei 201, de 27 de fevereiro de 1967. Ainda havia, no passado, a previsão para liberdade provisória sem vinculação, nos casos de infrações penais(crimes ou contravenções) cuja pena não ultrapasse o máximo de pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada de 3(três) meses.

Por sua vez, a liberdade provisória vinculada exige que sejam estabelecidas condições como se faz mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo.

Vamos ao artigo 310, parágrafo único, com a redação que é dada pela Lei 12.403/11, que revoga a anterior. Antes, quando o juiz verificava pela leitura do auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do artigo 19, I, II, e III, do Código de Processo Penal, poderia, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo sob pena de revogação(liberdade provisória vinculada ou com vinculação).

Hoje, com a Lei 12.403/11, se diz que, no caput, que ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I) relaxar a prisão ilegal; II) converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes no artigo 312 e se revelarem inadequadas as medidas cautelares diversas da prisão; III) conceder liberdade provisória com ou sem fiança. Da redação que hoje se dá ao parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal, observa-se que se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes do artigo 23, incisos I a III, do Código Penal, poderá, de forma fundamentada, conceder ao acusado a liberdade provisória mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. A essas causas devem ser acrescentadas as causas de exclusão previstas na parte especial do Código Penal((artigo 128, I e II, 142, I, II e III, 146, § 3º, I e II 150, § 3º, I e II). Observo que há ainda interpretação pela ampliação da benesse aos que praticarem crime em situação que caracteriza a exclusão da culpabilidade, como nos casos de erro de proibição(artigo 21 do Código Penal), coação irresistível e obediência hierárquica(artigo 22 do Código Penal), inimputabilidade por embriaguez fortuita completa(artigo 28, § 1º, do Código Penal). Tal posição se lê em Batista[3]

Hoje, para o juiz conceder ou não a liberdade provisória, em decisão fundamentada(artigo 93, IX, da Constituição Federal), prescinde da oitiva prévia do Ministério Público, dando à instituição vista da decisão.

De toda sorte, acentuo que o atual caput do artigo 310 do Código de Processo Penal mantém o entendimento de que há um verdadeiro direito subjetivo público do acusado que, despojado de sua liberdade pelo flagrante, a readquire desde que não ocorra nenhuma das hipóteses que autorizam a prisão preventiva. Isso já se entendia, no passado, acentuado com o entendimento que era dado ao artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal.[4]

No regime anterior à Lei 12.403/11, a própria autoridade policial poderia arbitrar fiança, nas infrações punidas com penas de detenção ou prisão simples sem oitiva do Parquet. Tal fiança poderia ser cabível, a qualquer tempo, inclusive diante de ajuizamento de recursos especial ou extraordinário, isso porque na pendência de recurso especial e de recurso extraordinário, seria cabível a execução provisória de decisão condenatória, salvo se afiançável a infração e desde que o réu se dispusesse a prestá-la. A liberdade provisória com fiança pode ser concedida não só após o flagrante.

HÁ UM VERDADEIRO DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO DO ACUSADO QUE, DESPOJADO DE SUA LIBERDADE PELO FLAGRANTE, A READQUIRE DESDE QUE NÃO OCORRA NENHUMA DAS HIPÓTESES QUE AUTORIZAM A PRISÃO PREVENTIVA.

Com a edição da Lei 12.403/11 a autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4(quatro) anos(artigo 322 do Código de Processo Penal). Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48(quarenta e oito) horas, como se lê do parágrafo único do artigo 322.

Se não cabe prisão preventiva, pode o delegado providenciar a soltura do indiciado desde que recolha o valor da fiança, que passa a funcionar como garantia de seu comparecimento a juízo no futuro. Nos demais casos, em que há penas elevadas, cabe ao juiz verificar a possibilidade de concessão de fiança.

Os novos valores para fiança são: a) de 1 a 100 mínimos para infrações cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4(quatro) anos; b) 10 a 200 salários-mínimos para infrações cuja pena máxima atinja mais de 4(quatro) anos. È certo que o juiz pode reduzir a fiança mínima em 2/3 ou aumentar a fiança em até mil vezes, dependendo da situação econômica do preso, ficando a fiança sujeita a atualização monetária. Tal é o que se define no artigo 325 do Código de Processo Penal, pela nova redação.

Isso porque a situação econômica do réu e a gravidade do ilícito devem ser os parâmetros para o cálculo.

3 Batista, Weber Martins, Liberdade Provisória, Rio de Janeiro, Forense, 1981, pág. 70 a 73.

4 RT 510/364, 511/369, dentre outras.

A fiança consiste em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, a teor do artigo 330 do Código de Processo Penal a ser prestada por qualquer pessoa.

Será a fiança julgada quebrada se descumprida qualquer condição com a perda da metade de seu valor com recolhimento à prisão (artigos 327, 328, 341 e 343 do CPP). Se condenado o réu lhe será decretado o perdimento da fiança que será utilizada para pagamento de custas e despesas processuais. Ao contrário, se absolvido, o valor lhe será devolvido.

A fiança poderá ser prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória, a teor do artigo 334 do Código de Processo Penal. A obviedade é clara. A fiança, como medida de contracautela, instrumento do processo, não tem sentido se a prestação definitiva já houver sido dada. O que vier depois é questão a ser examinada pelo juízo da execução. Fiança é caução que serve para assegurar o cumprimento de uma obrigação. É garantia real de cumprimento de obrigações processuais do réu e que tem como objeto coisas(artigo 330 do Código de Processo Penal).

A fiança é direito subjetivo constitucional do acusado, que lhe permite, mediante caução e cumprimento de certas obrigações, conservar a sua liberdade até a sentença condenatória irrecorrível. Como tal é meio para se obter a liberdade provisória.

Eliminou-se a bizarra obrigatoriedade da fiança a crimes contra a economia popular e sonegação fiscal prevista na Lei 8.035/90.

Passou-se a deferir e a se conceder a liberdade provisória do artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal desde que inexistissem razões para a prisão preventiva. Deferiam-se liberdades provisórias aos delitos para os quais não caberia fiança(artigos 323 e 324 do Código de Processo Penal) bem como ao delito inafiançável.

A liberdade provisória vinculada, sem fiança, era a regra, pois, sempre que inexistissem razões para a decretação de prisão preventiva(artigo 312 do Código de Processo Penal).

A liberdade provisória sem fiança, pasmem, era cabível para os delitos mais graves, enquanto concedia-se a liberdade provisória com fiança para os delitos mais leves.

Caso a prisão preventiva não mais subsistisse, deveria ser revogada.

Do que se lê de julgamentos do Supremo Tribunal Federal, a inafiançabilidade prevista no artigo 5º, XLII(crimes de racismo) e XLIII(tortura, tráfico ilícito de drogas, terrorismo e crimes considerados hediondos), passou a ser o fundamento constitucional para a vedação da liberdade provisória para aqueles crimes mencionados. A esse respeito: HC 86.814/SP, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 26 de maio de 2006; HC 89.183/MS, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, dentre outras decisões. Observe-se que no nosso direito positivo, não há norma positiva regulamentando a prática do crime de terrorismo.

No julgamento do HC 86.118, Relator Ministro Cezar Peluso, DJ de 14 de outubro de 2005, tem-se o seguinte registro:

¨Reporto-me à decisão unânime desta Turma no HC n.83.468, no qual assinalei que, evidentemente, a vedação da liberdade provisória nos crimes ditos hediondos, de um lado, decorre da inafiançabilidade que lhe impõe a Constituição Federal; de outro, não deixa margem à aplicação do parágrafo único do artigo 310, porque, senão, seria um dispositivo absolutamente inóquo.¨

Mas o próprio voto, no julgamento do HC 86.814, deixa evidente que a vedação constante da Lei dos Crimes Hediondos não impediria eventual relaxamento de prisão por excesso de prazo, a ensejar até mesmo a concessão de habeas corpus de ofício.

Com relação ao racismo, a Constituição Federal, faz a ela menção no artigo 5º, XLII, determinando que sua prática constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão.

Somente a Constituição faria o juízo de ponderação e necessidade próprios para tal medida de cautela penal.

De toda sorte, embora inafiançáveis, é possível a concessão de liberdade provisória do artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, para os crimes de racismo e de tortura, conforme se vê no julgamento do Superior Tribunal de Justiça, no HC 5.691/RJ, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJU de 23 de junho de 1997. Aliás, essa a posição de Oliveira[5], que é textual, ao dizer, antes da edição da Lei 12.403/11, que embora inafiançáveis, é possível a concessão de liberdade provisória do artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, para os crimes de racismo e de tortura. A liberdade provisória só deverá ser negada diante da presença dos pressupostos da prisão preventiva, previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

O artigo 323 do Código de Processo Penal adotou o padrão constitucional para vedar a fiança a certos crimes. Assim não será concedida a fiança: nos crimes de racismo; nos crimes de tortura, tráfico ilícito

5 Oliveira, Eugênio Pacelli, Curso de Direito Processual Penal, Lumen Juris, 10ª edição, pág. 469.

de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos crimes definidos como hediondos; nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

De forma objetiva, diz Nucci[6] que as atuais proibições, justas ou injustas, advêm da Constituição Federal, contra qual nada pode fazer o legislador ordinário. Tal é o exemplo dos crimes de racismo(artigo 5º, XLII, da Constituição); delitos de tortura, tráfico ilícito de drogas, terrorismo e crimes hediondos (artigo 5º, XLIII, da Constituição); infrações cometidas por grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático(artigo 5º, XLIV, da Constituição Federal). Há, para o caso, um verdadeiro dever fundamental do Estado em punir.

É certo, pois, que a Constituição Federal lista crimes que considera inafiançáveis, sendo certo que em relação a eles não será possível conceder liberdade provisória mediante fiança, restando a possibilidade de liberdade provisória sem fiança, o que demonstra que há desacerto em se afirmar que a inafiançabilidade tratada na Constituição impede a liberdade provisória sem fiança.

Nessa linha de pensar, tem-se a decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADin 3.112, publicada em 10 de maio de 2007, na qual se reconheceu a inconstitucionalidade da vedação da liberdade provisória em crimes capitulados na Lei 10.826/03(Estatuto do Desarmamento), tal qual previsto nos artigos 14, 15 e 21, onde foi Relator o Ministro Ricardo Lewandovski.

No julgamento mencionado o eminente relator, Ministro Lewandowski disse que a prisão obrigatória, de resto, fere os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório(artigo 5º, LV), que abrigam um conjunto de direitos e faculdades, os quais podem ser exercidos em todas as instâncias jurisdicionais, até a sua exaustão.

Tais argumentos, no entanto, como bem salientado, não afastam a possibilidade de o juiz, presentes os motivos que recomendam a prisão, decretar, justificadamente, a custódia cautelar, mas o que não se admite é uma prisão ex lege, automática e sem motivação.

Mas a vedação da fiança jamais implicou, antes da edição da Lei 12.403/11, na impossibilidade de aplicação do artigo 310 do Código de Processo Penal, parágrafo único, a liberdade sem fiança, fundada na ausência de condições para manutenção da prisão cautelar.

Com isso se quer dizer que as proibições como aquelas instituídas pela Lei 8.072/90, quanto aos chamados crimes hediondos, de liberdade provisória com fiança, estão na contramão de uma linha já estabelecida em 1977, pela Lei 6.416, e confirmadas pela Constituição de 1988.

Da mesma forma, anota-se o julgamento da Questão de Ordem relativa a constitucionalidade do disposto no artigo 9º da Lei 9.034/95(¨o réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta Lei¨). Tais crimes disciplinados naquela lei eram insuscetíveis de fiança, e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá de forma fundamentada se o réu poderá apelar em liberdade. A questão foi suscitada pelo Ministro Cesar Peluso, na Reclamação 23291(Informativo STF n. 320). Votaram a favor da inconstitucionalidade os Ministros Cesar Peluso, Marco Aurélio, Joaquim Barbosa, Carlos Brito e Gilmar Mendes.

Penso que para os crimes de tráfico internacional de drogas pode ser cabível a liberdade provisória, nos casos em que se apresentar. Contra: STF, no julgamento do HC 83.291/SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 6 de junho de 2007 e STJ; HC 20.910 – RS, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 6 de junho de 2007.

O fato de tratar-se de crime hediondo, por si só, não impede a liberdade provisória, desde que ausentes os requisitos da prisão preventiva, como a garantia da ordem pública, do que se lê em diversos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça, no HC 18.832 – MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJU de 4 de março de 2002 e ainda no HC 18.635-DF, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJU de 25 de março de 2002, e no HC 14.119 – SP, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJU de 25 de junho de 2001.

A teor do artigo 5º, incisos XLII, XLIII, XLIV e do inciso LXVI, da Constituição Federal, entende-se que há direito subjetivo à liberdade provisória quando admissível, mesmo que a infração penal seja tida como inafiançável.

O Supremo Tribunal Federal proclamou a inconstitucionalidade da vedação da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos(artigo 44, parte final da Lei de Drogas), como se viu no julgamento do HC 97.526, Relator Ministro Ayres Brito, pelo que não subsiste a vedação legal do exame dos requisitos do artigo 44 daquela Lei 11.343/06, equivalendo dizer sobre a possibilidade da liberdade provisória sem fiança para os crimes de tráfico de drogas, nas hipóteses em que se pode aplicá-la. Retira-se a proibição da liberdade provisória sem fiança. A decisão deve ser levada ao Senado Federal para efeito de suspender a eficácia de tal dispositivo uma vez tomada no sistema difuso. •

6 Nucci, Guilherme de Souza, Prisão e Liberdade, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, pág. 93.

A vedação da liberdade provisória, artigo 44 da Lei 11.343/06, agravada com a inversão da regra constitucional que impõe a exigência da fundamentação de toda a restrição de direitos, é manifestadamente inconstitucional. O juiz deve fundamentar a prisão.

Elucidativa a conclusão de Oliveira[7]: "Assim, do mesmo modo que ao Estado impõe-se a demonstração da presença das causas e circunstâncias justificadoras da preventiva, é a ele também que deverá ser atribuído o ônus processual da prova da necessidade de manutenção da prisão, porque, no flagrante delito, não se pode mais, ao menos diante da nova ordem constitucional, reconhecer a legitimação para qualquer juízo de antecipação da culpabilidade, único suficiente e fundamental a continuidade do encarceramento flagrancial, sem a prova de sua necessidade".

Por sua vez, o artigo 324 do Código de Processo Penal com a redação que lhe foi dada pela Lei 12.304/11, trouxe modificação legislativa ao disciplinar que não será, igualmente, concedida fiança: aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os artigos 327 e 328 do Código de Processo Penal; nos casos de prisão civil ou militar ou quando presentes, por obvio, os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

Com a reforma advinda da Lei 12.403/11 permaneçam inalterados os artigos 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 e 333 do Código de Processo Penal.

Sendo assim os critérios para a escolha do valor da fiança não se alteraram: a) a natureza da infração; b) condições econômicas e pessoais do preso; c) vida pregressa; d) periculosidade do agente; e) provável valor das custas do processo.

O indiciado ou réu deve comprometer-se a comparecer diante da autoridade policial ou judiciária, sempre que for assim intimado. Tal ainda se dirá com relação a certeza do paradeiro. Caso isso não seja respeitado, o caminho será a quebra da fiança com todas as suas implicações.

A perda da fiança é tratada no artigo 344 do Código de Processo Penal se o acusado não se apresentar para o inicio do cumprimento da pena.

O artigo 343 do Código de Processo Penal determina que o quebramento injustificado da fiança importará na perda de metade de seu valor, cabendo o juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou ainda a prisão preventiva. Julga-se quebrada a fiança quando o réu, legalmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer sem motivo justo; deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo; descumprir medida cautelar imposta justamente com a fiança; resistir a ordem judicial; praticar nova infração delituosa.

No caso de quebramento da fiança feitas as deduções, o valor restante será recolhido ao Fundo Penitenciário, seja Estadual ou Federal, na forma da lei(artigo 346 do Código de Processo Penal).

Por sua vez, o artigo 345 do Código de Processo Penal determina que no caso de perda da fiança, o seu valor deduzidas as custas e mais encargos a que o acusado estiver obrigado, será recolhido ao Fundo Penitenciário.

O artigo 336 do Código de Processo Penal deixa claro a destinação da fiança. Sujeita-se o quantum recolhido, a título de fiança, ao custeamento: a) das custas do processo; b) a indenização pelo dano ocorrido; c) prestação pecuniária; d) multa.

A par do artigo 337 do Código de Processo Penal, define-se o justo: a devolução do dinheiro, devidamente atualizado, se a fiança for declarada sem efeito ou passar em julgado sentença que houver absolvido o acusado ou declarado extinta a ação penal.

Poderá, por outro lado, ser exigido o reforço da fiança, como reza o artigo 340 do Código de Processo Penal: a) quando a autoridade tomar, por engano, fiança insuficiente; b) quando houver depreciação material ou perecimento dos bens hipotecados ou caucionados ou depreciados dos metais ou pedras preciosas.

Se a prisão é ilegal cabe seu relaxamento. Assim é o caso da prisão por excesso de prazo ou outra irregularidade na constrição, por exemplo. A respeito, tem-se a Súmula 697 do Supremo Tribunal Federal.

Tal é o que se lê do artigo 5º, LXV, da Constituição Federal.

Ensina Bulos[8] que prisão ilegal é aquela que contraria as normas punitivas que estão vigorando no ordenamento jurídico e sua presença é detectada através da prática de atos de autoridade, carregados de abuso de poder.

Em verdade inexiste um prazo determinado para a prisão preventiva, tal como existe para a prisão temporária. A regra é que perdure enquanto for necessário, durante a instrução, não podendo, por óbvio ultrapassar a decisão absolutória.

Agora, com a vigência da Lei 11.689/2008, quanto ao procedimento do júri, quanto a fase de formação de

7 Oliveira, Eugênio Pacceli, Regimes constitucionais da liberdade provisória: doutrina, jurisprudência e legislação, Belo Horizonte, Del Rey, 2000, pág. 124.

8 Bulos, Uadi Lammêgo, Constituição Federal Anotada, São Paulo, Saraiva, 6ª edição, pág. 327.

culpa, 90 dias consoante o artigo 412, e, para o procedimento comum ordinário, 60 dias consoante o artigo 400 caput, e para o comum sumário 30 dias, consoante o artigo 400, caput, o caminho é seguir a razoabilidade na duração da prisão provisória diante da duração do processo.

O Código de Processo Penal refere-se ao prazo máximo para encerramento das investigações do inquérito criminal quando preso o acusado, em flagrante ou preventivamente, a teor do artigo 10.

Por sua vez, a jurisprudência estabeleceu prazos máximos para o encerramento da instrução criminal no procedimento comum(ordinário) – pelo somatório dos diversos prazos constantes dos procedimentos cabíveis para cada infração penal. Como regra, seria ele de 86(oitenta e seis) dias, podendo, porém, variar de acordo com o procedimento e com a possibilidade de prisão temporária anterior a preventiva.

A contagem deve ser feita de modo global e não em separado.

O descumprimento de tais prazos leva a ajuizamento do habeas corpus.

Uma vez relaxada a prisão, a consequência imediata é a soltura do preso, sem a imposição de quaisquer restrições de direitos, uma vez que não se cuida de concessão de liberdade provisória, mas de anulação, não revogação, por ser ato ilegal, por ter sido praticado com violação à lei.

Deve-se levar em conta que persistentes à época da sentença, os pressupostos e as razões anteriores que embasaram o decreto de prisão preventiva do paciente, preso durante toda a instrução processual, fica encerrada qualquer menção a constrangimento ilegal, após encerrada a instrução criminal, a teor da Súmula 52 do Superior Tribunal de Justiça.

A Lei 8.035, de 27 de abril de 1990, está, portanto, em sentido contrário aos entendimentos aqui apresentados, ao determinar a liberdade provisória com fiança a crimes levemente apenados, para os crimes contra a economia popular(Lei 1521/51) e ainda Lei 8.137/90(crimes contra a ordem tributária).

De toda sorte, fica a conclusão: a liberdade provisória é medida cautelar.

Estudemos as formas de prisão cautelar, a partir da prisão em flagrante.

III – DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Flagrante é manifesto, evidente, notório.

A prisão em flagrante é ato administrativo, a teor do artigo 301 do Código de Processo Penal, que dispensa ordem escrita e é prevista na Constituição Federal, no artigo 5º, LXI.

Autoriza a detenção do autor da infração penal, por qualquer pessoa ou por agente da autoridade, ainda que sem mandado de prisão. Nesse caso, permite-se a invasão do domicílio, onde se encontra o agente, mesmo que seja durante a noite.

Há várias espécies de prisão em flagrante:

a. Flagrante próprio (quando o agente é surpreendido praticando a infração, artigo 302, I);

b. O quase-flagrante, quando é surpreendido, acabando de cometê-lo (artigo 302, II);

c. Flagrante impróprio, quando é perseguido logo após o delito (artigo 302, III);

d. Presumido ou ficto, quando o agente é encontrado, logo após o crime, com instrumentos, armas, objetos, que façam presumir que ele é o autor da infração(artigo 302,IV).

Vem a dúvida com relação a expressão "logo após". Há, é certo, alguns autores que pretendem fixar arbitrariamente esse lapso de tempo, estendendo-o até 24 horas, o que não se coaduna com a lei que deixa a interpretação a prudente critério do juiz.

Não há no "logo após" uma imediatidade.

Há interpretação de que o "logo após" é o tempo que corre entre a prática do delito e a colheita de informações a respeito da identificação do autor, que passa a ser imediatamente perseguido após essa rápida investigação procedida por policiais e particulares. De toda sorte, a expressão não deve ser utilizada como uma demorada investigação a respeito dos fatos(RT 591/359).

Para Delmanto Júnior [9] a perseguição há de ser imediata e ininterrupta, não dando ao perseguido um momento de tranquilidade.

Entende-se que encetada a perseguição logo após o crime, sendo ela incessante nos termos legais, não importa o tempo decorrido entre o momento do crime e

9 Demanto Júnior, Roberto r, As modalidades de prisão provisória e sua duração, pág. 101.

a prisão do seu autor[10]. Esse tempo pode ser de várias horas ou mesmo de dias.

Por outro lado, já houve conclusão de que se não houve perseguição e o acusado foi encontrado horas depois ou no dia seguinte, não há que falar em flagrante[11]. Diligências fortuitas feitas pela polícia não podem ser consideradas para efeito de consolidar a prisão em flagrante.

Com a redação atual do artigo 299 do Código de Processo Penal, fruto da chamada reforma processual, a captura poderá ser requisitada, à vista de mandado judicial, por qualquer meio de comunicação, tomadas pela autoridade, a quem se fizer a requisição, levando em conta as precauções necessárias para averiguar a autenticidade desta.

Discute-se com relação ao flagrante nos crimes permanentes e nos crimes habituais.

Aliás, dispõe o artigo 303 do Código de Processo Penal que, nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência. Tal ocorre, por exemplo, nas hipóteses de crime de quadrilha, na receptação dolosa por ocultação, no depósito de substâncias entorpecentes[12]. Sendo caso de prisão em flagrante, mesmo nas hipóteses em que se deve invadir casa alheia, não se exige mandado judicial[13].

Decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no HC 1.0000.05.417343-0/000, Relatora Márcia Milanez, acórdão de 15 de março de 2005, que envolvendo o caso o crime previsto no artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006, delito de natureza permanente, em tais casos a medida judicial de busca e apreensão para averiguações no interior da residência da pessoa que está praticando o delito, mesmo durante a noite, é dispensável.

Da mesma forma o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 101.095 – SC, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 31 de agosto de 2010, foi reconhecido o caráter permanente do crime de associação para o tráfico, razão pela qual considerou-se legítima a prisão em flagrante ocorrida.

É conhecido entendimento jurisprudencial no sentido de que há regularidade de prisão em flagrante que se efetuou dois dias de incessante perseguição.[14]

Não é tida como incabível a prisão em flagrante em ilícitos habituais se for possível, no ato, comprovar-se a sua habitualidade. Por sua vez, Nucci[15]entende inadmissível o flagrante em crime habitual.

Registro o entendimento de que o auto de prisão em flagrante deve ser lavrado imediatamente após a apresentação do preso, razão pela qual torna-se ilegal a prisão efetuada sem a prévia formalidade processual[16].

O flagrante deve ser lavrado dentro de vinte e quatro horas da prisão, marco fatal para a entrega da nota de culpa[17].

Efetuada a prisão e lavrado o respectivo auto, deverá ser comunicada ao juiz competente no prazo de 24 horas, a teor do artigo 306, § 1º, do Código de Processo Penal.

Como já estudado a subsistência da prisão em flagrante só ocorre diante da ocorrência dos pressupostos da prisão preventiva. Tal a posição cediça que se instaurou a partir da edição da Lei 6.416/77 que alterou a redação do artigo 310 do Código de Processo Penal, em seu parágrafo único. É caso de relaxar tais flagrantes mesmo sendo os crimes inafiançáveis[18].

Recebidos os autos, nos termos do artigo 310 do Código de Processo Penal, deverá o juiz relaxar a prisão, se for ilegal. Não sendo ilegal, deverá converter a prisão em flagrante em prisão preventiva. Se não verificar que existem os requisitos da prisão preventiva, devem soltar o acusado.

Fala-se em flagrante preparado, provocado e forjado.

O flagrante preparado ou provocado é um arremedo de flagrante como bem disse Nucci[19], ocorrendo quando o agente provocador induz ou instiga alguém a cometer uma infração penal, somente para assim poder prendê-lo. É hipótese de um crime impossível(artigo 17 do Código Penal).

Na matéria tem-se a disciplina da Súmula 145 do Supremo Tribunal, onde se diz que "não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. "

No julgamento do RHC 8735/BA, DJ de 19 de outubro de 1999, em que foi Relator o Ministro Gilson Dipp, entendeu-se que consumando-se o crime de concussão, com a efetiva exigência da vantagem indevida, tem-se a ilegalidade da prisão realizada mais de quinze dias

10 RT 639/390.

11 RT 535/267.

12 RT 546/394.

13 RT 532/383.

14 RT 446/329.

15 Nucci, Guilherme de Souza, Código de Processo Penal Comentado, São Paulo, RT, 10ª edição, pág. 633.

16 RT 429/471.

17 RT 432386.

18 RT 512/382.

19 Código de Processo Penal Comentado, 10ª edição, São Paulo, RT, pág. 631.

após a consumação do crime, quando do recebimento daquilo que foi exigido, pois tal fato constitui-se em mero exaurimento do delito. Foi considerado no julgamento a ilegalidade do flagrante.

Por outro lado, em julgamento no RHC 14041/PA, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 9 de dezembro de 2003, entendeu-se, em caso de flagrante em crime de corrupção, pela inviabilidade do trancamento de ação penal, quando houve gravação de conversa por interlocutor, prova lícita, sem que houvesse a configuração de flagrante preparado, que não ocorreu porque foi o próprio acusado quem conduziu o ato delituoso.

No julgamento do HC 9.689 – SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 8 de novembro de 1999, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que há casos em que a polícia se vale do agente provocador, induzindo ou instigando o autor a praticar um determinado delito, mas somente para descobrir a real utopia e materialidade de outro. Não dá voz de prisão por conta do delito preparado e sim de outro.

Por sua vez, o flagrante forjado é aquele totalmente artificial, pois composto por terceiros.

No caso do flagrante esperado não há um agente provocador, mas simplesmente chega a polícia a noticia de que um crime será em breve cometido. Deslocando agentes para o local, aguarda-se a sua ocorrência que pode ou não se dar na forma como a noticia foi transmitida. É viável a sua consumação.

Qualquer pessoa do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito, a teor do artigo 301 do Código de Processo Penal.

É dever da autoridade e seus agentes efetuar a prisão, flagrante compulsório, daquele que se encontra em uma das condições previstas no artigo 302, respondendo por omissão administrativa e criminalmente.

Não podem ser sujeitos passivos do flagrante: os menores, os diplomatas, os membros do Congresso Nacional, os deputados estaduais, os magistrados(artigo 33, II, da LOMN), os membros do Ministério Público(ver na matéria Lei Complementar 75/93).

Com relação a imunidade diplomática, tem-se uma restrição ao princípio da territorialidade temperada, consagrado pelo artigo 5º do Código Penal, uma vez que, sendo tal instituto reconhecido, o agente não responderá no Brasil pelo delito cometido em território nacional, mas em seu país de origem.

Aliás, a imunidade não se restringe ao agente diplomático e sua família. Consoante se lê da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961, aprovada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo 103/64 e ratificada pelo Decreto 56.435/65, essa imunidade se estenderá as seguintes pessoas: aos membros do pessoal administrativo e técnico da missão, além dos familiares que com eles vivam, desde que não sejam nacionais do Estado acreditador nem nele tenham residência permanente(artigo 37, § 2º, da Convenção de Viena de 1961); aos membros do pessoal de serviço da missão que não sejam nacionais do Estado acreditador nem nele tenham residência permanente, quanto aos atos praticados no exercício de suas funções(artigo 37, § 3º, da Convenção de Viena de 1961).

Há, na espécie, uma forma de imunidade material, inviolabilidade, causa excludente de punibilidade, não estando sujeitas tais pessoas à jurisdição penal brasileira.

Efetuada a prisão em flagrante deve o capturado ser conduzido à autoridade competente para que seja procedida a autuação.

A primeira pessoa a ser ouvida no auto de prisão em flagrante delito é o condutor, agente da autoridade, ofendido ou particular que conduziu o preso até a autoridade quer tenha sido ele a efetuar a captura, quer tenha sido a pessoa a quem tenha sido o preso entregue.

Após devem ser ouvidas as testemunhas que acompanharam o condutor, que devem ser no mínimo duas. Não impede, entretanto, a realização do auto de prisão em flagrante, devendo haver, em substituição, a inquirição das pessoas que o acompanharam a prisão.

Por certo, é comum que os agentes policiais sejam ouvidos e sejam testemunhas da condução coercitiva estudada.

Após será interrogado o acusado sobre a imputação que lhe é feita, a teor do artigo 304 do Código de Processo Penal.

Deve o acusado ser alertado de seu direito de permanecer calado, garantia constitucional assegurada pelo artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal.

O auto será lavrado pelo escrivão, podendo ser designado qualquer pessoa para tal ofício, tomando-se dele o compromisso legal.

Encerrada a lavratura do auto de prisão em flagrante deve ser comunicada imediatamente ao juiz competente, artigo 5º, LXII, primeira parte, da Constituição Federal.

Ao final, será recolhido o acusado à prisão, a teor do artigo 304 do Código de Processo Penal. A autoridade se entender que se trata de flagrante forjado, por exemplo, pode relaxar a prisão.

Quando o delito é praticado contra a autoridade, como é o caso de desacato, desobediência, constarão do auto a narração deste fato, a voz de prisão, as declarações que fizer o preso e os depoimentos das testemunhas, sendo ele assinado pela autoridade e remetido ao juiz competente.

A nota de culpa deverá dentro de 24 horas depois da prisão, ser dada ao preso, com o motivo da prisão, a o nome do condutor e das testemunhas, comunicando-se ao preso o motivo da prisão, bem como a identidade de quem o prendeu, artigo 5º, LXIV, da Constituição Federal.

A entrega da nota de culpa é formalidade essencial referente a liberdade do preso, de modo a proporcionar a ele a ampla defesa, garantia constitucional.

A prisão em flagrante deve ser comunicada de imediato a autoridade judicial competente, ao Ministério Público e aos familiares do investigado.

IV - DA PRISÃO PREVENTIVA E AS DEMAIS MEDIDAS CAUTELARES

A prisão preventiva, que é um dos exemplos de prisão provisória, antes do trânsito em julgado da sentença, só pode ser decretada ¨quando houver prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria¨, como se lê do artigo 312 do Código Penal. Há de se comprovar a materialidade do crime, a existência do corpo de delito, que prova a ocorrência do fato criminoso, seja por laudos de exame de corpo de delito ou ainda por documentos, prova testemunhal.

A isso se soma como requisito a existência de ¨indícios suficientes de autoria¨, que deve ser apurada em via de fumaça de bom direito.

Tal despacho que decretar a prisão preventiva, a teor do artigo 315 do Código de Processo Penal, deve ser fundamentado.

O certo é que a Lei 12.403/11 manteve os requisitos da prisão preventiva: prova da existência de crime(materialidade); indícios suficientes de autoria(razoáveis indicações da prova colhida); garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica; conveniência da instrução criminal; garantia da aplicação da lei penal.

O juiz, a teor do artigo 311 do Código de Processo Penal, em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, poderá decretar a prisão preventiva, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. Na fase da investigação policial, não cabe ao juiz decretar, de oficio, a prisão preventiva, mas, sempre a pedido do Ministério Público, da autoridade policial, do assistente da acusação, do querelante.

As alterações havidas dizem respeito à legitimidade e oportunidade da decretação: a) somente o juiz pode decretá-la, de oficio durante o processo (não mais pode fazê-lo, como antes, durante a investigação; b) permite-se ao assistente da acusação requerê-la, o que antes não ocorria. Tal expediente praticamente esvazia a prisão preventiva durante o inquérito levando a necessidade de oportunizar a chamada prisão temporária, quando for o caso.

A simples repercussão do fato, porém, sem outras consequências, não se constitui em circunstância suficiente para a decretação da custódia preventiva. Justifica-se a medida se o acusado é dotado de periculosidade[20], em perseverar a prática delituosa, quando aja com torpeza, perversão, malvadez, insensibilidade moral.

Será o caso da decretação da prisão preventiva com relação a autoridades e agentes policiais como autores do crime. Aliás, no julgamento do HC 78.235 – AM, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 22 de outubro de 1999, o Supremo Tribunal Federal entendeu que pela correção da prisão cautelar em caso onde a gravidade do delito com o fato de ser o autor da infração penal autoridade ou agente policial provoca desequilíbrio à ordem pública.

O artigo 312 do Código de Processo Penal manteve o instituto da prisão preventiva em sua integridade. Assim, repita-se, existem 3(três) fatores para sua implementação: a) prova da existência do crime(materialidade); b) indícios suficientes de autoria; c) garantia da ordem pública ou ordem econômica; d) conveniência da instrução criminal; e) garantia da aplicação da lei penal.

A garantia da ordem econômica é conhecida como espécie da garantia da ordem pública.

Se a instrução criminal for perturbada pelo acusado cabe a decretação da prisão preventiva.

A aplicação da lei penal calca-se, fundamentalmente, na fuga do indiciado ou réu, com lastro em fatos.

Lanço à memória jurisprudência no sentido de que se é certo que a gravidade do delito, por si só, não basta à decretação da custódia preventiva, não menos exato

20 STF, HC 78.901 – 3, São Paulo, Relator Ministro Mauricio Corrêa, DJ de 28 de maio de 1999, pág. 7.

é que, a forma de execução do crime, a conduta do acusado, antes e depois do evento, e outras circunstâncias provoquem a intensa repercussão e clamor público, a trazer abalo à própria garantia da ordem pública. [21]

Porém, a simples repercussão do fato, sem outras consequências, não constitui causa suficiente para a decretação da prisão preventiva.[22]

Não bastam, como se disse, meras conjecturas, sendo, para tanto, mister fatos concretos. Não bastam os maus antecedentes.

Não se decreta a prisão preventiva, quando houver suspeita de prática de fato sob o manto de qualquer excludente de ilicitude.

Justifica-se a prisão preventiva no caso de ser o acusado dotado de periculosidade,[23] quando se denuncia torpeza, perversão, insensibilidade moral[24]

Sendo necessária a medida não elidem as circunstâncias de ser o acusado primário e de bons antecedentes, de possuir residência fixa e até profissão definida.[25]

A custódia preventiva deve ser exarada na garantia da ordem pública, conceito indeterminado que deve ser aferido caso a caso.

A fuga do agente logo após o fato é motivo para a decretação da prisão preventiva.

Se não localizado pelo juízo o réu e não reside no lugar onde praticou a infração penal, torna-se motivo mais que suficiente para a decretação da prisão preventiva. È o que se lê do julgamento do HC 88.453 – RJ, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 24 de novembro de 2006.

No julgamento do HC 123.256/RJ, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 19 de outubro de 2011, ficou delineado que no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, firmou-se o entendimento jurisprudencial de que, no exercício de jurisdição extrapenal, não é viável a determinação de prisão em razão de crime de desobediência(um crime de menor potencial ofensivo). Com o advento da Lei 12.403/11, por meio da qual se consagrou a segregação como última ratio, não se mostra apropriada, em regra, a determinação de prisão decorrente de suposta prática de infração penal de menor potencial ofensivo.

Mesmo a inexistência de inquérito, como procedimento inquisitório, não elide a concessão de prisão preventiva baseada em peças informativas que demonstrem a existência de crime e indícios suficientes de autoria. Mesmo na investigação promovida pelo Ministério Público, dentro do que chamamos de poderes implícitos, pode se permitir o requerimento de prisão preventiva.

Aliás, a legitimidade do Ministério Público para a colheita de elementos probatórios essenciais à formação de sua opinio delicti decorre de previsão expressa na Constituição que foi objeto de regulamentação pela Lei Complementar 75/93. É o que se lê do artigo 129, incisos VI e VIII, da Constituição da República e artigo 8º, incisos V e VII da Lei Complementar 75/93. Trago, para tanto, julgamento no HC 151.415/SC, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 2 de dezembro de 2011, onde se conclui que a Polícia Judiciária não possui o monopólio da investigação criminal.

Soma-se a isso o julgamento do Supremo Tribunal Federal, no RE 468.523/SC, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJe de 19 de fevereiro de 2010, onde se tem:

a. A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelos órgãos do Ministério Público sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. Não há óbice a que o Ministério Público requisite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal, mormente em casos graves,

b. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência de autoria e da materialidade de determinado delito;

c. O artigo 129, I, da Constituição atribui ao Parquet a privatividade na promoção da ação penal pública. De outro modo, o Código de Processo Penal prevê que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia;

d. Há princípio basilar da hermenêutica constitucional, a saber, os poderes implícitos, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao Parquet em foro de privatividade, não se

21 RTJ 123/57; RT 535/257, 625/278, dentre outros.

22 STF: RT 598/417.

23 JSTJ 2/318; RT 590/362 e 451.

24 RT 512/376.

25 JSTJ 2/267, 300, 315 E 318, 8/168 e RT 551/414.

concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o Código de Processo Penal autoriza que peças de informação embasem a denúncia.

Mas, ainda falando em prisão preventiva, prevê a Lei 12.403/11, diante de nova redação, algumas providências.

A uma, somente cabe prisão preventiva nos crimes dolosos com pena privativa máxima cominada superior a 4(quatro) anos. Dir-se-á que está cessada a possibilidade de prisão preventiva nos crimes como furto simples, cuja pena máxima é de quatro anos. Tal não pode expor a norma ao quadrante da irrazoabilidade. Isso porque não se pode limitar a interpretação a limites objetivos. Que dizer de um réu que está, durante a investigação criminal, adotando conduta de coação no curso do processo, inviabilizando a instrução processual, causando nas testemunhas um verdadeiro estado de medo? Será caso, certamente, apesar da pena ser inferior a 4(quatro) anos, de se adotar a prisão preventiva.

A duas, há outra hipótese para a decretação de prisão preventiva, prevista no artigo 313 do Código de Processo Penal. Tal é o caso do réu reincidente em crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no artigo 64 do Código Penal.

É o caso do réu reincidente em crime doloso, ou seja, condenado primeiramente por delito doloso, torna a ser apenado por outro crime doloso, desde que a anterior condenação não tenha experimentado o período de caducidade de cinco ano, à luz do artigo 64, I, do Código Penal.

Não se pode admitir a reincidência para fins de preventiva se o crime anterior é culposo.

A três, o artigo 313 do Código de Processo Penal, à luz das modificações da Lei 12.403/11, permite a adoção da prisão preventiva nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher , como se via da Lei Maria da Penha, Lei 11.340/06.

O parágrafo único do artigo 313 do Código de Processo Penal admite a prisão preventiva quando houver dúvida com relação a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, sendo o caso de colocar o preso em liberdade, após a sua identificação, salvo hipótese que permita a manutenção da custódia cautelar.

É certo que em casos de urgência ou perigo na demora pode-se decretar a medida cautelar(são hoje diversas), sem previa oitiva do indiciado ou réu.

Podem pleitear as medidas cautelares, durante o processo: a) Ministério Público; b) o querelante(ação privada); c) assistente de acusação(ação pública). Pode o juiz decretá-las de ofício. Podem requerer as medidas cautelares durante a investigação criminal, o Ministério Público, a autoridade policial(por representação). Questiona-se a falta de razoabilidade da proibição do juiz poder decretar de ofício medida cautelar durante o inquérito. Aqui a Lei 12.403/11 faz um evidente barreira entre o inquérito(investigação) e o processo, onde o juiz poderia decretar de ofício a medida. Questiona-se as razões por que a vítima não poderia pleitear tais medidas durante o inquérito. Poderá ser que a vitima ainda não tenha sido identificada na investigação policial? De qualquer forma, abre-se o leque da razoabilidade para permitir tal integração. Quem pode o mais pode o menos. Se pode pedir a prisão preventiva, pode pedir a medida cautelar outra, que não tem fim de coerção da liberdade.

COM A EDIÇÃO DA LEI 12.403/11, NA MEDIDA EM QUE SURGEM NOVAS MEDIDAS CAUTELARES (ARTIGO 319 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL), QUE DEVEM SER DECRETADAS CONSOANTE OS MARCOS DA NECESSIDADE E DA ADEQUAÇÃO, A PRISÃO PREVENTIVA PASSOU A TER O CARÁTER SUBSIDIÁRIO, VALENDO COMO ULTIMA RATIO.

Com a edição da Lei 12.403/11, na medida em que surgem novas medidas cautelares(artigo 319 do Código de Processo Penal), que devem ser decretadas consoante os marcos da necessidade e da adequação, a prisão preventiva passou a ter o caráter subsidiário, valendo como ultima ratio. São elas, pela ordem, decretadas, diante do exposto no artigo 282, I e II, do Código de Processo Penal:

a. Comparecimento periódico em juízo no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para justificar e informar as atividades(artigo 115, II, LEP, artigo 132, § 1º, LEP e artigo 78, § 2º, do CP);

b. Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado permanecer distante desses lugares para evitar o risco de novas infrações;

c. Proibição de manter contato com pessoa determinada quando por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante;

d. Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais(caso de crimes contra a administração pública, como concussão, corrupção passiva, peculato e ainda delitos econômicos e financeiros, evitando-se a concessão de prisão preventiva, quando se tenha a necessidade de se garantir a ordem econômica). Observe-se que a suspensão para o exercício de uma atividade deve e pode ser suficiente para substituir a prisão preventiva;

e. Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça quando os peritos concluírem ser ele inimputável ou semi-imputável, artigo 26 do Código Penal, que deve ser cumprida em local apropriado;

f. Monitoração eletrônica, que já havia sido criada pela Lei 12.258/10, visando o monitoramento da saída temporária no regime aberto e o regime de prisão domiciliar;

g. Fiança nas infrações que a admitem para assegurar o comparecimento a atos de processo, evitando a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada a ordem judicial(insere-se assim a fiança como medida cautelar desvinculada da prisão em flagrante,como garantia real, medida que sempre foi sua vocação processual, podendo ser cumulada com outras medidas).

Decretada a prisão cautelar, seja a preventiva estudada ou ainda a temporária, por exemplo, a determinação será de que as pessoas presas provisoriamente ficarão sempre separadas das que estiverem condenadas por decisão condenatória transitada em julgado.

Por outro lado, a nova norma jurídica, Lei 12.403/11 facilita a comunicação das ordens de prisão, que poderão se dar de forma eletrônica, desde certificada a origem autêntica da medida.

Hoje, mesmo o recurso de apelação ajuizado não se vincula a sua prisão processual.

Aliás, a teor da Súmula 347 do Superior Tribunal de Justiça, tem-se que o conhecimento do recurso de apelação do réu independe de sua prisão.

O artigo 595 do Código de Processo Penal prescrevia que ¨se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação¨. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 85.369 – SP, Relatora Ministra Cármen Lúcia, fulminou aquele dispositivo legal, por evidente inconstitucionalidade.

Mas, há casos em que persistem os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, mesmo diante de um crime com pena prevista inferior a 4(quatro) anos. Que dizer do acusado que está coagindo testemunhas, impedindo-as de depor? `Por certo, há afronta a garantia da ordem pública em prejuízo da instrução processual. È caso de decretação da prisão preventiva.

Isso significa dizer que a avaliação de mérito com relação a medida provisória, diante da reforma processual, não deve ser feita, puramente, diante de parâmetros objetivos.

A prisão preventiva deve ser devidamente fundamentada (artigo 315 do Código Penal).

Da decisão que revoga a prisão preventiva cabe recuso em sentido estrito, a teor do artigo 581, V, do Código de Processo Penal.

Não mais presentes os fatores e dados que levaram a decretação da prisão preventiva deve ser ela revogada[26].

Se retornarem as razões que determinarem a concessão da prisão preventiva anterior pode ser ela redecretada.

A todo réu que estiver preso será expedido alvará de soltura tão logo seja ele absolvido fato que decorre do principio da presunção de inocência e da excepcionalidade da prisão. Essa a melhor interpretação que deve ser dada, de forma sistemática, ao exposto nos artigos 317(a apresentação espontânea do acusado à autoridade não impedirá a decretação da prisão preventiva nos casos em que a lei autoriza) e 318 do Código de Processo Penal. Se a apresentação espontânea for capaz de elidir a causa da prisão preventiva, pode o magistrado deixar de decretá-la.

V – DA PRISÃO TEMPORÁRIA

É mais uma espécie de prisão provisória ou cautelar, que veio ao direito positivo pátrio, de forma errônea, pois, a partir de Medida Provisória 111, de 24 de novembro de 1989, depois substituída pela Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1990.

Aliás, posteriormente, pela leitura da Emenda Constitucional 32, de 11 de setembro de 2001, tem-se, na redação que foi dada ao artigo 62, § 1º, I, ¨b¨, que é

26 RT 626/351.

vedada a edição de medida provisória sobre matéria de direito penal, processual penal e processual civil. Censurável a adoção de providência onde se cerceia a liberdade individual via medida provisória.

Tal instituto é adotado por Portugal, Espanha, Itália, França e ainda nos Estados Unidos.

A Lei 7.960/90 prevê medida acauteladora, de restrição de liberdade de locomoção, por tempo determinado, destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial.

A providência é um verdadeiro contraste com a vocação do processo penal moderno no sentido de se não possibilitar o recolhimento à prisão de autor da infração penal antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ainda mais se for primário e de bons antecedentes.

Tal medida somente pode ser expedida durante o inquérito policial.

A lei bastaria para casos de desaparecimento do investigado, pondo em risco a investigação policial, ou ainda de não ter residência determinada ou por não se conhecer sua verdadeira identidade.

A medida cautelar somente poderá ser imposta pela autoridade judiciária, tendo tempo limitado de duração, por cinco dias, prorrogáveis por igual período, com exceção da prática de crimes hediondos e de outros crimes graves, em que o prazo é mais dilatado.

Cabe a prisão temporária "quando imprescindível para as investigações do inquérito policial", como se lê do artigo 1º, inciso I, da Lei 7.960/90.

A lei peca por excesso ao permitir a prisão não só do indiciado, como de qualquer pessoa(testemunha, por exemplo). A lei é odiosa, contrária ao ordenamento pátrio e ressuscita a temida prisão para investigações.

É permitida ainda a prisão temporária "quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade"(artigo 1º, inciso II).

Assim como na prisão preventiva o despacho que a decretar deve ser devidamente fundamentado.

De toda sorte, exigem-se indícios suficientes de autoria e materialidade do fato. Para Nucci, [27] a prisão temporária não depende de prova inequívoca da materialidade e de indícios suficientes de autoria para que seja decretada.

Tal posição é ainda vista em Nucci[28] em outra obra.

A prisão temporária pode ser decretada "em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público."

Não há previsão de decretação de ofício pelo juiz.

O juiz tem o prazo de 24(vinte e quatro) horas, contados do requerimento ou da representação, para decidir sobre a prisão em despacho fundamentado.

É medida de urgência, assim como é de urgência, urgentíssima, o habeas corpus que vier a ser ajuizado visando ao relaxamento da prisão se ela for ilegal.

O prazo de cinco dias, que é a duração da providência cautelar, caso não seja revogada antes disso, pode ser prorrogado por outro período igual, de mais cinco dias, em caso de extrema e comprovada necessidade.

Decorrido tal prazo, o preso deve ser colocado em liberdade salvo se lhe for decretada a prisão preventiva.

Na linha do raciocínio posto, aponto o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça do HC 151.121/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 8 de setembro de 2011, onde se diz que a prisão temporária, diversamente da prisão preventiva, objetiva resguardar, tão-somente, as investigações a serem realizadas no inquérito policial. Como tal, devem ser evidenciados dados concretos para a medida extrema, objetivando a conclusão das investigações policiais.

Necessário para a medida que sejam enunciados dados concretos que demonstrem a necessidade da prisão temporária para a conclusão das investigações realizadas no inquérito policial. Sendo assim o magistrado, ao decretar a prisão temporária, deve demonstrar, de modo efetivo, quais obstáculos que o investigado possa causar ao trabalho da autoridade policial, como já definiu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 187.869/MG, Relator Ministro Gilson Dipp, DJe de 14 de março de 2011. Se não demonstrar a necessidade da medida deve ser a prisão temporária ser revogada.

Repito que a prisão temporária, diversamente da prisão preventiva, visa resguardar as investigações realizadas no inquérito policial.

Por certo, não está o investigado sujeito a sua incomunicabilidade, devendo entrevistar-se com o advogado, pessoa da família. Aliás, o direito a contato com seu advogado é impostergável, na sua linha de defesa, uma verdadeira garantia constitucional. Tal proibição pela autoridade deve ser objeto de mandado de segurança contra a autoridade coatora.

27 Nucci, Guilherme de Souza, Prisão e liberdade, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, pág. 27.

28 Nucci, Guilherme de Souza, Leis penais e processuais penais comentadas, Prisão temporária, nota 3 ao artigo 1º.

VI – DA PRISÃO ADMINISTRATIVA

Nessa matéria, é de extrema lucidez a lição de Oliveira[29] no sentido de não reconhecer a vigência de quaisquer hipóteses de prisões arroladas no artigo 319 do Código de Processo Penal, prisão administrativa, sobretudo a mencionada no inciso I, que trata sobre a prisão de devedores de tributos(não existe prisão por dívida, a não ser de alimentos, que já tem sede própria na prisão civil, cuja execução é de até 60 dias, na forma do artigo 19 da Lei 5.678/68).

A medida prevista no inciso II poderá ser tratada no curso de processo de extradição, junto ao Supremo Tribunal Federal por ordem de Ministro da Corte.

A não ser na órbita do processo penal militar, se pode falar em tal medida.

Ora, se for entendida como meio para compelir alguém a fazer alguma coisa, não pode ser vista como sanção. Sendo assim, dada a sua natureza civil, nem deveria ser cogitada em Código de Processo Penal.

De toda sorte, a teor do artigo 5º, LXI, da Constituição Federal, ninguém pode ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo em casos de transgressão militar ou crime militar.

A prisão administrativa, dessa forma, não pode ser decretada por ordem da autoridade administrativa.

De toda sorte, é medida extrema, que, no entendimento de Nucci[30], está mantida, uma vez decretada por juiz de direito.

Na mesma linha, tem-se Mirabete[31]

Dispõe o artigo 319 do Código de Processo Penal que a prisão administrativa terá cabimento contra remissos ou omissos em entrar para os cofres públicos com os dinheiros a seu cargo, a fim de compeli-los a que o façam(inciso I). Tal haveria nos casos de alcance ou omissão em efetuar as entradas nos devidos prazos.

Remisso é aquele que retarda a entrega dos bens. Omisso é aquele que não faz a entrega de tais bens.

Alcance é a denominação dada para o ato de apropriação de bens públicos, que pode constituir uma das várias modalidades de peculato(apropriação, desvio, peculato-furto, peculato-estelionato). Se na modalidade culposa, tem-se o peculato culposo.

Tal prisão não poderia exceder a noventa dias, na forma da revogada Lei 1.711, artigo 214, § 2º.

Cabia prisão administrativa contra estrangeiros desertores de navios de guerra ou mercante, surto em porto nacional.

Enfim, diante da revogação do texto anterior que era dado ao artigo 319 do Código de Processo Penal, por força da edição da Lei 12.403/11 está extinta a prisão administrativa.

O ARTIGO 295 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL TRAZ UMA NORMA ELITISTA, ANTIDEMOCRÁTICA, AFRONTOSA AO PRINCIPIO REPUBLICANO, [...] ERIGINDO PRISÃO ESPECIAL PARA ALGUMAS PESSOAS, QUE EXERCEM CARGOS OU PROFISSÕES ALI DESCRITOS, SUJEITAS A PRISÃO ANTES DA CONDENAÇÃO DEFINITIVA.

VII – PRISÃO ESPECIAL

O artigo 295 do Código de Processo Penal traz uma norma elitista, antidemocrática, afrontosa ao principio republicano, onde se preserva a República como democracia qualificada, erigindo prisão especial para algumas pessoas, que exercem cargos ou profissões ali descritos, sujeitas a prisão antes da condenação definitiva.

Basta que se atenda ao que dispõe o artigo 300 do Código de Processo Penal que determina que sempre que possível, as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas.

Por ser norma de exceção, deve ter uma interpretação restritiva o artigo 295 do Código de Processo Penal. A ele se somam leis especiais, como no caso das prisões especiais para pilotos de aeronaves mercantes nacionais, Lei 3.988/61, os dos dirigentes de entidades sindicais e representativos de empregados, empregadores, profissionais liberais, agentes e trabalhadores autônomos, Lei 2.860/56.

29 Oliveira, Eugênio Pacceli, Curso de Processo Penal, 10ª edição, Rio de Janeiro, Lumen Iuris Editora, pág. 450.

30 Nucci, Guilherme de Souza, Código de Processo Penal Comentado, 10ª edição, São Paulo, RT, pág. 672.

31 Mirabete, Julio Fabbrini, Código de Processo Penal Interpretado, São Paulo, Atlas, pág. 425.

É o que se lê da Lei 10.258/2001.

Cria, pois, uma forma de foro privilegiado, instituição que tem origens na própria Constituição da Monarquia.

A prisão em quartel é modalidade de prisão especial cumprida em salas do Estado-Maior das Forças Armadas, que se distinguem dos presídios e das cadeias públicas.

Bem se diz que por mais que se argumente que determinadas pessoas, por deterem diplomas de curso superior ou qualquer outra titulação, mereçam um tratamento condigno destacado, isso equivale a dar as costas a pessoas sem cursos superiores, sem antecedentes, que passam por trauma sério ao serem encarceradas em prisão cautelar.

Tal medida, ao ferir ao principio da igualdade material é discriminatória.

Rememoro a lição de Bastos[32], analisando a nova redação do princípio da igualdade, quando diz que o que não se quer é que uma vez fixado o critério da discriminação um outro elemento venha a interferir na abrangência desta mesma discriminação. Reside a essência do principio igualizador no impedir que critérios o mais das vezes subalternos, portadores de preconceitos voltados à estatuição de benefícios e privilégios, possam vir a interferir em uma discriminação justa e razoável feita por lei.

A lei há de ser igual para todos, prevenindo-se o arbítrio e a discriminação infundada.

Se todos são iguais perante a lei não se pode conceber um tratamento mais benévolo sob o pálio do exercício de um cargo público ou de um diploma de nível superior para poder evitar a prisão cautelar no seu tratamento comum.

Objetiva-se a igualdade substancial que postula o tratamento uniforme de todos os homens, pugnando-se por uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida.

Por outro lado, necessário respeitar a igualdade formal que consiste no direito de todo cidadão não ser desigualado pela lei senão em consonância com critérios albergados ou ao menos não vedados pelo ordenamento constitucional.

É certo que a Lei 8.906/94(Estatuto do Advogado), no artigo 7º, V, dispõe que é direito do advogado não ser recolhido preso antes do trânsito em julgado senão em sala de Estado-Maior, com instalações e comodidades condignas assim reconhecidas pela OAB e, na sua falta, em prisão domiciliar.

32 Bastos, Celso Ribeiro, Comentários à Constituição do Brasil, 2º volume, São Paulo, Ed. Saraiva, pág. 13.

O Supremo Tribunal Federal, confirmando o julgamento, em sede de liminar, na ADIn 1.127 – 8, suspendeu a eficácia da expressão "assim reconhecidas pela OAB", em decisão datada de 17 de maio de 2006, por maioria de votos. Se fosse mantida a expressão à autarquia especial teria o poder de dar a todos os advogados o privilégio da prisão domiciliar, na falta do que se entendesse como instalações condignas. Cabe à Justiça a palavra final, na matéria.

O mesmo ocorre com magistrados, promotores e juízes.

No julgamento do HC 88.702-SP, 2ª Turma, 19 de setembro de 2006, Relator Ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a Lei 8.906//94, sendo lei especial, não é derrogada pela Lei 10.258/01, motivo pelo qual não havendo sala própria em Batalhão da Polícia Militar deve o advogado ser recolhido a prisão especial.

É certo que o Supremo Tribunal Federal[33] entendeu cabível a prisão especial a acusado doente. Ora, a prisão especial será cabível, como forma de cumprimento de execução, a par da Lei 7.210, artigo 117, nos seguintes casos: condenado maior de 70 anos; condenado acometido de doença grave; condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; condenada gestante. Observaremos que a Lei 12.403/11 dará um tratamento a matéria, em sede de medida cautelar.

De outra vez, entendeu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da RCL 6387, 23 de outubro de 2008, Pleno, Relator Ministra Ellen Gracie, que havendo sala própria em batalhão da Polícia Militar configurada está a Sala de Estado-Maior sendo incabível a transferência para prisão domiciliar.

De toda sorte, para gozar de tal beneficio de prisão especial, em Sala de Estado Maior, exige-se o efetivo exercício da profissão na ocasião da prática do crime.[34] Constando dos autos que o paciente, por exemplo, estava a frente de escola de sua propriedade, exercendo, ainda, a função de professor de informática, não comprovou o necessário e efetivo exercício da advocacia, condição sine qua non para o privilégio. Trago como precedente, outrossim, decisão do Superior Tribunal de Justiça, no HC 76.974 – RJ, DJ de 19 de dezembro de 2007, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

A prisão especial somente deve ser garantida até o trânsito em julgado da sentença condenatória, após o qual, se for aplicada pena privativa de liberdade, deve ser o apenado encaminhado a Presídio.

33 HC 98.675-ES, 2ª turma, 9 de junho de 2009, Relator Ministro Eros Grau.

34 STJ, RHC 27.152 – GO, 6ª Turma, 18 de novembro de 2010, Relator Ministro Og Fernandes.

A teor da Sumula 717 do Supremo Tribunal Federal não impede a progressão do regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial¨. Isso é mais um argumento a favor da forma discriminatória como se trata a questão.

Estão abrangidos pelos benefícios da prisão especial:

a. Os Ministros d e Estado;

b. Os Governadores, Interventores, dos Estados e do Distrito Federal, os Prefeitos Municipais, os Vereadores e os Chefes de Policia, respectivos;

c. Os membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional(não mais existe na estrutura de poder da República) e das Assembléias Legislativas dos Estados;

d. Os cidadãos inscritos no Livro de Mérito;

e. Os Oficiais das Forças Armadas e os Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

f. Os magistrados(Lei Complementar 35/79, artigo 33, que prevê que não haverá prisão de magistrado senão por ordem escrita do Tribunal ou Órgão Especial);

g. Os diplomados por quaisquer das faculdades superiores da República;

h. Os ministros de confissão religiosa;

i. Os ministros do Tribunal de Contas;

j. Os cidadãos que efetivamente já tiverem exercido a função de jurado, salvo quando excluídos da lista por motivo de incapacidade(o artigo 439 do CPP, na nova redação, prevê que o exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante e estabelecerá presunção de idoneidade moral);

k. Os delegados de polícia e os guardas civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos.

Com a edição da Lei 12.403/11 está revogado o disposto no artigo 439 do Código de Processo Penal, na redação que permitia o exercício efetivo da função de jurado a prisão especial, em caso de crime comum, até o julgamento definitivo. Era um privilégio especial concedido aos jurados durante o curso do processo-crime.

VIII – A PRISÃO DOMICILIAR

Da forma como está na Lei 12.403/11, a prisão domiciliar é forma alternativa de cumprimento da prisão preventiva, em lugar de manter preso em cárcere fechado, sendo inserido em recolhimento ocorrido em seu domicílio durante as 24 horas do dia.

A matéria está disciplinada nos artigos 317 e 318 do Código de Processo Penal.

É faculdade do juiz, desde que atendidos os seguintes requisitos: a) ser o agente maior de 80 anos; b) estar o agente extremamente debilitado por motivo de doença grave; c) ser o agente imprescindível para os cuidados de pessoa menor de seis anos ou com deficiência; d) ser gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

IX – DA PRISÃO POR PRONÚNCIA

Dispõe o artigo 408 do Código de Processo Penal, na redação que lhe foi dada, que ¨se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronuncia-lo-á, dentro dos motivos do seu convencimento¨.

A pronúncia é decisão interlocutória mediante a qual o magistrado declara a viabilidade da acusação por se convencer do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor. É sentença.

Rememoro a doutrina de Frederico Marques quando diz que a pronúncia é sentença processual de conteúdo declaratório em que o juiz proclama admissível a acusação, para que seja decidida no Plenário do Júri.

Tem a pronúncia, decisão sobre o juízo de admissibilidade da acusação, um caráter eminentemente processual, com vocação para submeter o acusado a Júri Popular, não produzindo coisa julgada, mas sim, uma forma de preclusão, a preclusão pro iudicato[35], ficando livre aquele Tribunal, dentro do principio da soberania que lhe é próprio, para decisão de forma contrária, aí sim, em decisão de mérito próprio.

É certo que a redação originária do Código de Processo Penal de 1941 falava em libelo acusatório, peça processual, pedido ou requerimento, pelo Parquet, após a fase de pronúncia no Tribunal do Júri que tinha como intuito expor o fato criminoso, indicando o nome do réu, circunstâncias agravantes e fatos que poderiam influenciar na fixação de sua pena, para o pedido

35 A essência da preclusão está na extinção de um poder processual da parte.

de sua condenação, não podendo assim divergir na pronúncia. Após a reforma de 2008, tal fase de procedimento foi suprimida, sendo necessário, agora, a inclusão de agravantes e demais sustentações serem realizadas no Plenário do Júri.

Para que se pronuncie o réu é necessário que esteja convencido da existência do crime, não havendo que se falar em existência incontroversa da existência do crime, sendo mister que o juiz se convença de sua materialidade.

É necessário para a pronúncia que existam indícios suficientes de autoria. Indícios de autoria são as conexões entre fatos conhecidos no processo e a conduta do agente, na forma descrita na inicial. É um juízo de suspeita, não um juízo de certeza.

Aplica-se o in dubio pro societate, pois é favor da sociedade que se resolvem as eventuais incertezas que surgem pela falta de prova. Não estamos no campo da certeza, mas da probabilidade.

Ao pronunciar o acusado, o juiz deve declarar "o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu", a teor do artigo 408, § 1º, do Código de Processo Penal, adiantando que a inclusão de qualificadoras que não estiverem relatadas, de forma expressa ou implícita, na denúncia, exige um prévio aditamento.[36]. Será nula a sentença, passível de error in procedendo, se a sentença não analisar as qualificadoras que foram imputadas pela denúncia.

Nos processos de competência do Tribunal do Júri, a não apresentação das alegações finais pelo advogado na fase do artigo 406 do Código de Processo Penal, reservando a defesa para o plenário, não implica constrangimento ilegal por se tratar de técnica habitual utilizada como estratégia nos procedimentos em espécie, como forma de evitar o desnudamento antecipado da tese defensiva. É o que decidiu, de forma correta, o Tribunal de Justiça de São Paulo, na Revisão 95.196-3/5, RT 674/291.

Fica patente a importância do artigo 408, § 1º, do Código de Processo Penal, quando se diz: "Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, recomendá-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias a sua captura.

O artigo 408, § 2º, do Código de Processo Penal possibilita a liberdade provisória, se o réu for primário e de bons antecedentes ou ainda revogá-la.

A regra geral é que a pronúncia impõe a prisão do réu, salvo a possibilidade do juiz de não a decretar, ou de revogar a existente, quando se trata de réu primário e de bons antecedentes.

Estando o réu preso preventivamente e persistindo os motivos que determinaram, por necessidade ou conveniência, o seu recolhimento provisório, não tem ele direito à liberdade provisória justamente quando se decide que existem os elementos que são indispensáveis a seu julgamento pelo Tribunal do Júri[37].

Da mesma forma, não haverá liberdade provisória, se o réu é perigoso, se pode influenciar no ânimo das testemunhas, se se encontra foragido.

MANTIDA QUE SEJA A PRISÃO PELA PRONÚNCIA, TORNA-SE IRRELEVANTE EVENTUAL IRREGULARIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE OU QUALQUER DISCUSSÃO ACERCA DA FUNDAMENTAÇÃO DO DESPACHO QUE DECRETOU A PRISÃO PREVENTIVA.

Anoto que mantida que seja a prisão pela pronúncia, torna-se irrelevante eventual irregularidade da prisão em flagrante[38] ou qualquer discussão acerca da fundamentação do despacho que decretou a prisão preventiva. A prisão preventiva vige até final julgamento do processo, não se podendo cogitar, anote-se, de excesso de prazo no encarceramento, como já decidiu, no passado, o Supremo Tribunal Federal[39].

Considero questionável o entendimento de que solto o réu por sentença absolutória restabelece-se o provimento que decretou a prisão em virtude do provimento do recurso de apelação da acusação que manda o réu a novo julgamento pelo Tribunal do Júri, em confronto ao que prevê o artigo 596 do Código de Processo Penal.

Isso porque a liberdade provisória, arremate-se, é um direito e não mera concessão do Estado.

36 RT 553 – 392.

37 RTJ 123/47; RT 531/416.

38 RT 536/386.

39 RT 551/411.

X – O ANTIGO ARTIGO 393 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E OS EFEITOS DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. A REVOGAÇÃO DO ARTIGO 595 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O artigo 393 do Código de Processo Penal em boa hora foi revogado pela Lei 12.403/11.

Dizia o artigo 393:

¨São efeitos da sentença condenatória recorrível: I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança; II – ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.¨

Tal norma afrontava o Estado Democrático de Direito e estava dissociada do processo penal garantista e democrático.

Afrontava o artigo 319 do Código de Processo Penal o princípio da presunção de inocência.

No sistema constitucional pátrio, proferida decisão condenatória, deve-se, à luz do artigo 312 do Código de Processo Penal, verificar se para o réu condenado estão presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal para decretação da prisão preventiva ou sua continuidade.

Por fim, na medida de sua inconstitucionalidade, está revogado o artigo 595 do Código de Processo Penal que determinava que será declarada deserta a apelação se o réu condenado fugir depois de haver apelado.

A Lei 11.719/08, modificando os termos do artigo 387 do Código de Processo Penal, estabeleceu que o juiz decidirá sobre a prisão ou liberdade do réu, no memento da sentença condenatória, sem prejuízo do conhecimento da apelação.

Veio a Súmula 347 do Superior Tribunal de Justiça que reconhece que o conhecimento do recurso de apelação do réu independe de sua prisão.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 85.369 – SP, Relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 26 de março de 2009, tornou prejudicado o preceituado no artigo 595 do Código de Processo Penal.

Fundação Pedro Jorge

Exposição Pedro Jorge:
Um Mártir da Justiça Brasileira

A mostra foi lançada em 31 de outubro de 2012,
no 29º Encontro Nacional dos Procuradores da República.

(Filhas do nosso patrono Procurador Pedro Jorge, Marisa e Roberta com a Drª Eliana Peres Torelly, ex-diretora-geral da FPJ)

Conteúdo da Mostra

A exposição "Pedro Jorge: um mártir da Justiça brasileira" é constituída por dois painéis que relatam a vida e os fatos relativos ao escândalo da mandioca. A mostra ainda conta com objetos de uso pessoal de Pedro Jorge, como, por exemplo, os óculos que usava ao ser assassinado, medalhas de mérito e homenagens feitas ao mártir do Ministério Público, além de documentos históricos, certificados acadêmicos, um video que mostra trechos do globo reporter que foi ao ar dois meses após o assassinato e a digitalização de nóticias e reportagens de grandes jornais e revistas desde a época de seu assassinato até hoje. Os visitantes podem, ainda, consultar as cartas e telegramas recebidos pela viuva após a trágedia – incluindo carta do então presidente da República Figueiredo além de documentos oficiais e artigos escritos pelo procurador assassinado.

Exposição Intinerante

Em 2013 a Exposição irá percorrer as procuradorias de Alagoas PR/AL, de Tocantins PR/TO, do Pará PR/PA, do Maranhão PR/MA, de Minas Gerais PR/MG, do Rio Grande do Sul PR/RS e do Goiás PR/GO. Em novembro, a exposição retorna para o Distrito Federal onde ficará exposta na PR/DF e ESMPU e posteriormente na PRR1.

Para encerrar a mostra, será realizada uma solenidade onde o material será doado ao memorial da Procuradoria Geral da República para compor a exposição permanente.

A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA E AS INFORMAÇÕES DE CARÁTER PESSOAL DE INTERESSE PÚBLICO

CLÁUDIO CHEQUER

Procurador da República (PRM/Itaperuna), doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e membro da comissão criada pela PFDC para analisar o PLC 41/2010.

RESUMO:

Direito à informação no Brasil e a necessidade de fazer uma correta ponderação entre princípios constitucionais levando-se em consideração o ideal democrático traçado pelo Constituinte Originário.

ABSTRACT:

Law, the fundamental right to freedom of speech in Brazil and the need of making the right balancing procedure between the constitutional principles taking into account the democratic ideal delineated by the Originary Constituent.

PALAVRAS-CHAVE:

Direito à informação. Ponderação de princípios constitucionais. Ideal democrático como elemento essencial de interpretação dos direitos fundamentais.

Em 18 de novembro de 2011, no Brasil, foi publicada a Lei nº 12.527, com entrada em vigor no dia 18.5.2012, tratando-se pois, de legislação recente.

Apesar de a publicação desta lei se caracterizar como enorme avanço na efetivação do direito fundamental à informação e se materializar como uma importante conquista da sociedade, gerando importantes obrigações para o poder público, algumas observações críticas ao ato normativo analisado precisam ser traçadas.

Essa lei, que vem sendo chamada de lei de acesso às informações públicas, sucedeu o Projeto de Lei da Câmara – PLC nº 41/2010 e seu substitutivo, apresentado este pelo Senador Fernando Collor, e manteve, integralmente, a Seção V do PLC citado, intitulada "Das Informações Pessoais".

Nesse ponto, a lei em questão merece ser criticada em razão da incompatibilidade da essência dos dispositivos inseridos nesta Seção V (arts. 31 e seguintes) com os propósitos democráticos objetivados pelo Constituinte Originário.

O artigo 31 do PLC 41/2010, redação que foi mantida integralmente no Substitutivo identificado acima, afirma que "o tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais"

No parágrafo primeiro do artigo mencionado, há afirmação no sentido de que "as informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem (inciso I) terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem.

A partir da leitura do inciso II de tal dispositivo, objetiva o legislador infraconstitucional a permitir a divulgação desse tipo de informação ou permitir seu acesso por terceiros apenas nos casos previstos em lei ou diante do consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem, impondo responsabilidade à pessoa que tiver acesso a essas informações fora das hipóteses mencionadas acima.

Em seu parágrafo 3°, o mencionado dispositivo legal pretende autorizar o acesso a esse tipo informação, sem necessidade de consentimento expresso da pessoa a que ela se referir, apenas quando essa informação for necessária (i) à prevenção e diagnóstico médico para a utilização única e exclusivamente para o tratamento médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz; (ii) à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem; (iii) ao cumprimento de ordem judicial; (iv) à defesa de direitos humanos; (v) à proteção do interesse público e geral preponderante.

Em seu parágrafo 4°, o artigo 31 afirma ainda que "a restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância".

Desta forma, pela leitura dos dispositivos legais, torna-se fácil identificar a preocupação que o legislador teve com as informações pessoais e com a necessidade de tutelar, de forma intensa, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, restringindo o direito à liberdade de expressão e informação nestes casos.

A premissa que se extrai da leitura dos dispositivos trazidos a lume é a seguinte: em regra, caracterizando-se a informação como de caráter pessoal e se a sua exposição for capaz de causar danos à vida privada, à honra, à imagem das pessoas, o direito fundamental à liberdade de expressão e informação deve ser restringido independentemente de a informação ser de interesse público ou não. Excepcionalmente, nos casos expressamente elencados pelo legislador, poderá ser observado o acesso à livre informação.

Diante desta premissa, o ônus argumentativo para se ter acesso à liberdade de expressão e informação, nessas situações, é daquele que tem o objetivo de mostrar como existente a situação excepcional. Se desejamos obter uma informação de caráter pessoal, cuja revelação pode causar prejuízos à intimidade, vida privada, honra ou imagem das pessoas, teremos que demonstrar a existência de uma das situações excepcionais previstas pelo legislador.

A incompatibilidade da fixação dessa premissa com o objetivo democrático abraçado pelo Constituinte Originário, entretanto, é evidente, podendo ser identificada a partir do aprofundamento em torno de questões filosóficas que fundamentam a liberdade de expressão ou informação.

Com esse objetivo, várias são as teorias que procuram explicar o motivo por que a liberdade de expressão e informação deve ser considerada um direito fundamental.

A maioria dessas teorias, entretanto, enquadra-se numa ou noutra de duas grandes categorias. Na primeira, a liberdade de expressão e informação tem uma importância meramente instrumental; trata-se de um meio para a realização de um fim importante. A segunda classe de fundamentos da liberdade de expressão e informação pressupõe que ela é importante por si só, não somente pelas consequências que esse direito pode acarretar.

Para esses últimos, a liberdade de expressão e informação é capaz se apresentar como um valor intrínseco, um bem independente, um fim; alternativamente, seu exercício pode ser considerado como condutor para o desenvolvimento de indivíduos mais reflexivos e maduros e, portanto, beneficiar toda a sociedade.

Todo homem, no desenvolvimento de sua personalidade, tem o direito de formar sua própria opinião, estabelecer suas crenças, cultivar seus pensamentos e ideais, tendo, por consequência, o direito de expressar esses direitos. Do contrário, eles seriam de pouca ou nenhuma importância. A expressão é parte integral do desenvolvimento de idéias, da exploração mental e da autoafirmação. O poder para realizar sua potencialidade como ser humano começa nesse ponto, não podendo ser frustrado.

Portanto, a supressão de crença, opinião, expressão e informação é, na verdade, um afronto à dignidade humana, uma negação da essencial natureza do homem, valor esse que impõe que o homem seja colocado no centro de toda a ordem jurídica.

Para os que entendem que a liberdade de expressão e informação é meio para a realização de algo importan-

te (um fim), temos que destacar as seguintes teorias: (i) a da busca da verdade, (ii) a democrática e (iii) a da estabilidade social.

A primeira teoria mencionada acima vincula a principal finalidade da liberdade de expressão e informação com a busca da verdade, sendo representada por um de seus totens, a metáfora do *marketplace of ideas*. Esse entendimento surgiu a partir do voto particular formulado pelo magistrado Oliver Wendell Holmes na decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no julgamento do caso *Abrams v. United States*[1], embora haja autores que se manifestam no sentido de atribuir aos escritos de John Stuart Mill a origem dessa doutrina, havendo ainda quem afirme que esse entendimento já havia sido levantado dois séculos antes por Jonh Milton, em sua ***Areopagítica*** (de 1644).

Para os partidários desse entendimento, apenas um debate aberto de ideias pode possibilitar a descoberta da verdade e, apesar de alguns pós-modernistas questionarem sobre a existência real de uma verdade na atualidade, no presente contexto, "[...] a verdade é concebida como algo relativo, que só pode ser avaliado pelo mercado contra o pano de fundo de um encontro livre e aberto entre diferentes opiniões."[2]

Para os teóricos que vinculam a liberdade de expressão e informação como meio para a democracia, esse direito fundamental é concebido como uma consequência do sistema democrático de tomada de decisões uma vez que contribui para a formação da opinião pública acerca de debates públicos.

Esse argumento foi exposto primeiramente por Spinoza, em seu *Theologico-Political Treatise* (1670), sendo apresentado judicialmente pelo Justice Brandeis J, da Suprema Corte dos EUA, no caso *Whitney v. California*.[3]

Nos EUA, esse argumento tem sido particularmente associado ainda aos escritos de Alexander Meiklejohn e Owen Fiss, autores que afirmam que o primeiro propósito da Primeira Emenda da Constituição Americana é proteger o direito de todos os cidadãos para que eles possam ter acesso às publicações políticas, participando, assim, efetivamente da democracia.

Por fim, podemos ressaltar os autores que entendem que a liberdade de expressão e informação é um direito fundamental em razão de determinar a manutenção da balança entre a estabilidade e a mudança da sociedade. Entendem que a liberdade de expressão e informação se apresenta como uma condição essencial para garantir a estabilidade governamental, pois um estado formado com base na ampla liberdade de expressão e informação é mais forte e, portanto, está menos sujeito a convulsões sociais do que um estado autoritário, que impõe seu poder com base na repressão, no ressentimento e no medo.

A abertura do diálogo fortalece o Estado e torna a sociedade mais coesa, já que suprimir a discussão cria um impossível julgamento racional. Além disso, essa restrição é apropriada para ser ineficaz. Apesar de ela poder frustrar mudanças sociais, ao menos de forma temporária, não pode erradicar o pensamento ou a crença, as convicções, nem pode promover a lealdade ou a unidade.

Manifestam os partidários desse entendimento no sentido que a liberdade de expressão e informação irá produzir mais estabilidade e menos violência pelo menos por dois motivos. Primeiro, pessoas tendem a confiar muito mais num governo que está disposto a ouvir e a considerar amplamente a extensão dos argumentos. Se as pessoas enxergarem o governo como irracional, arbitrário ou fechado, certamente elas acreditarão que esses governos em geral e seus líderes em particular não são dignos de confiança. Por consequência, o respeito pelas leis irá diminuir de forma considerável. Segundo, se os indivíduos têm oportunidade para fazer objeções à política governamental, tendo liberdade para estabelecer suas posições e para persuadir outras pessoas a adotá-las, depois que o processo se tornar lei, esses indivíduos, provavelmente, em razão de sua participação no processo político, estarão mais inclinados a obedecer a essas leis, ainda que elas sejam contrárias às suas perspectivas. Esses indivíduos reconhecerão tal tratamento como adequado, em conformidade com regras racionais de uma vida social.

Após a análise de todas as doutrinas, parece-nos mais acertado defender uma natureza multifuncional para a liberdade de expressão, uma vez que todos esses bons argumentos se complementam e justificam a liberdade de expressão e informação como direito fundamental, não sendo, pois, os argumentos instrumentais e constitutivos mutuamente exclusivos[4] e excludentes[5].

Assim, todo o debate teórico em torno das propostas que objetivam demonstrar as justificativas filosóficas da liberdade de expressão acabam colaborando para o enriquecimento dessa liberdade, o que nos leva a crer que, apesar de uma teoria que envolva uma só direção não resolva o problema, podendo, sempre, ser critica-

1 250 US 616 (1919).

2 MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2002, p. 247.

3 274 US 357 (1927).

4 CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law*. Principles and Policies. 3rd ed. New York: Aspen Publishers, 2006. p. 925.

5 DWORKIN, O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 320.

da, a solução se encontra no somatório das propostas teóricas, apresentando a liberdade de expressão, desta forma, múltiplas justificações teóricas.

Entendidos os fundamentos capazes de conceder à liberdade de expressão e informação o status de direito fundamental, torna-se necessário ressaltar que um desses fundamentos (especialmente o democrático) tem autorizado diversas cortes constitucionais mundo afora, tais como a Suprema Corte dos Estados Unidos, a *House of Lords* inglesa, entre outras, a tratar a liberdade de expressão e informação de forma heterogênea, considerando-a como um direito fundamental preferencial *prima facie* quando relacionada com assuntos de interesse público diante de um conflito com os direitos da personalidade.[6]

Neste sentido, o PLC 41/2010, bem como o Substitutivo apresentada, parece ir de encontro a esse entendimento, devendo, pois, ser criticado.

Nos casos em que existir interesse público na divulgação da informação, não podem os direitos da personalidade (intimidade, vida privada, honra e imagem) ser considerados como capazes de justificar, em regra, uma restrição integral à informação, como deseja o PLE 41/2010.

Ao afirmar que informações pessoais, em regra, terão seu acesso restrito, o legislador ordinário está colocando os direitos da personalidade, numa situação de eventual conflito com o direito à liberdade de expressão e informação, em uma posição de abstrata superioridade hierárquica inadmissível para um país democrático.

Na verdade, a liberdade de expressão e informação deve respeitar integralmente os direitos da personalidade desde que seja isso possível. Muitas vezes, entretanto, em um caso concreto, o direito fundamental à liberdade e informação deverá ser deferido mesmo diante de potenciais (ou reais) ofensas ou restrições aos direitos da personalidade (desde que preservado o seu núcleo essencial).

Em havendo um conflito entre esses dois direitos fundamentais, o direito à liberdade de expressão e informação deverá ser considerado, em casos envolvendo interesse público, como um direito fundamental preferencial *prima facie*, pois em um país que se pretende realizar como efetivamente democrático, o povo tem o direito de saber sobre todos os assuntos de interesse público e da forma mais ampla possível.

A ideia central desse entendimento cinge-se no fato de que o cidadão tem direito a ser informado a respeito de fatos que, direta ou indiretamente, atingem-no[7], uma vez que só o cidadão bem informado está em "[...] uma situação de constituir o seu próprio juízo e de participar do processo democrático da maneira pretendida pela Constituição."[8]

O direito de saber não deve ser encarado apenas como um privilégio concedido pela sociedade, porém deve ser visto como uma necessidade imperiosa diante de um Estado que se pretende constituir como democrático.[9] Os cidadãos têm de saber, pressuposto para que eles tenham capacidade de tomar decisões válidas sobre as coisas do mundo.

O DIREITO DE SABER NÃO DEVE SER ENCARADO APENAS COMO UM PRIVILÉGIO CONCEDIDO PELA SOCIEDADE, PORÉM DEVE SER VISTO COMO UMA NECESSIDADE IMPERIOSA DIANTE DE UM ESTADO QUE SE PRETENDE CONSTITUIR COMO DEMOCRÁTICO.

Nesse sentido é que Roger-Gérard Schwartzenbert faz a seguinte afirmação:

> *Este direito (o direito de saber) deveria aparecer num lugar de honra na lista dos direitos do homem e do cidadão. Sem ele, não há democracia possível. Sem ele, as opções fundamentais permanecem fora do alcance dos eleitores, para reverter a uma minoria, que monopoliza o acesso aos arquivos e aos dados, e a uma 'elite do saber', que controla o Estado espetáculo e congrega os dirigentes do stablishment econômico e da tecnocracia administrativa.*
>
> *Essa tecnoestrutura acumula saber, como outros acumulam capital. Para transformá-lo em poder. E moldar a sociedade. De acordo com sua concepção. A seu bel-prazer. Forma-se assim uma nova casta, que faz a informação como*

6 Não se pode esquecer que o STF, no julgamento da ADPF nº 130, de 26.02.2010, assim se pronunciou na ementa do julgado ao falar sobre o princípio democrático: "Princípio constitucional de maior densidade axiológica e mais elevada estatura sistêmica, a Democracia avulta como síntese dos fundamentos da República Federativa brasileira. Democracia que, segundo a Constituição Federal, se apóia em dois dos mais vistosos pilares: a) o da informação em plenitude e de máxima qualidade; b) o da transparência ou visibilidade do Poder, seja ele político, seja econômico, seja religioso (art. 220 da CF/88).

7 O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. Libertad de Expresión y sus Límites: Honor, Intimidad e Imagen. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 2004. O' CALLAGHAN MUÑOZ, p. 7.

8 MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2002, p. 476.

9 O primeiro documento de ampla repercussão a tratar do assunto dentro da perspectiva de um direito do público à informação foi a encíclica *Pacem in Terris*, do papa João XXIII, editada em 11 de abril de 1963. Cf. LOPES, Vera Maria de Oliveira. O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 184.

se dá uma esmola. Com parcimônia. E condescendência.[10]

Partilhando dos mesmos argumentos, Ralph D. Barney ensina que:

> *Estabelecendo-se o 'direito de saber' e o 'pluralismo' como dois componentes básicos de uma sociedade participativa, parece ser óbvio que, caso se espere que decisões inteligentes e consistentes sejam tomadas, os indivíduos devem receber informações adequadas para estarem mais conscientes das alternativas disponíveis no momento da decisão.*
>
> *Realmente, uma definição básica de liberdade envolve a disponibilidade de alternativas. Se não existe nenhuma alternativa, um indivíduo não é livre, não importa quão desejável seja a opção diante dele. O grau de liberdade que uma pessoa tem está diretamente relacionado com o número de alternativas de que ela dispõe.*[11]

Restrições sobre a livre fluência de informações políticas ou de interesse público em geral devem ser consideradas, a princípio, como suspeitas porque elas invadem o interesse do ouvinte (receptor da mensagem) em receber informações necessárias para fazer as escolhas corretas e participar plenamente do processo democrático.[12]

Desta forma não concordamos com o PLE nº 41, não concordamos na parte em que afirma que as informações pessoais relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem terão, em regra, seu acesso restrito. Essas informações deverão ter seu acesso restrito apenas quando não houver interesse público em revelá-las. Em havendo interesse público, a liberdade de expressão dever ser considerada como um direito fundamental preferencial *prima facie*, autorizando que a liberdade de expressão e informação seja observada mesmo diante de ofensas razoáveis causadas aos direitos da personalidade.

Apesar de os parágrafos 3° e 4° do art. 31 abrirem exceções à regra firmada pelo PLC, no sentido de permitir que as informações pessoais sejam reveladas em situações excepcionais, tais como a prevenção e diagnóstico médico, a realização de estatísticas e pesquisas científicas, ao cumprimento de ordem judicial, a defesa de direitos humanos, a proteção do interesse público preponderante e quando necessárias para a apuração de irregularidades em que o titular da informação estiver envolvido, a disposição dos artigos e seus respectivos conteúdos invertem uma lógica democrática: havendo interesse público, o acesso à informação deve ser garantido de forma ampla e irrestrita, mesmo nos casos em que esse acesso venha a ofender os direitos da personalidade, desde que observados o núcleo essencial desse direito.

NÃO CONCORDAMOS COM A LEI EM ESTUDO NA PARTE EM QUE AFIRMA QUE AS INFORMAÇÕES PESSOAIS RELATIVAS À INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM TERÃO, EM REGRA, SEU ACESSO RESTRITO. ESSAS INFORMAÇÕES DEVERÃO TER SEU ACESSO RESTRITO APENAS QUANDO NÃO HOUVER INTERESSE PÚBLICO EM REVELÁ-LAS.

A regra em uma democracia é a liberdade de expressão e informação e não a observância irrestrita dos direitos da personalidade com apenas algumas poucas exceções, como deseja o PLE 41/2010.

Assim, o que o legislador deve garantir como regra, em casos envolvendo a liberdade de expressão e informação e diante da ocorrência de um interesse público, é a liberdade de expressão e informação e não os direitos da personalidade, como parecem afirmar os artigos mencionados.

Mesmo em havendo informações pessoais, o direito à informação plena deve ser observado como regra (e não como exceção) se houver interesse público nessa divulgação. Num conflito entre direitos da personalidade versus liberdade de expressão e informação, o direito de a sociedade saber dos assuntos de interesse público autoriza o intérprete a calibrar, inicialmente, a balança da ponderação conferindo mais peso à liberdade de expressão e informação. A inversão dos pesos atribuídos, *prima facie*, aos direitos fundamentais em conflito, portanto, será possível, mas exigirá uma fundamentação capaz de afastar, no caso concreto, o direito inicialmente conferido à sociedade – de saber dos assuntos de interesse público. Ou seja, o ônus argumentativo para restringir a ampla possibilidade de

10 SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. *O Estado Espetáculo:* ensaio sobre e contra o star system em política. Tradução de Heloysa de Lima Dantas. DIEFEL, 1978. p. 345.

11 BARNEY, Ralph D. O Jornalista e uma sociedade pluralista: uma abordagem ética. In: ELLIOT, Deni. Jornalismo Versus Privacidade. Tradução de Celso Vargas. Rio de Janeiro: Nordica, 1986, p. 69.

12 BARENDT, Eric. Freedom of Speech. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2005, p. 25.

informação (que é a regra) é do titular do direito à personalidade, não o contrário.

Desta forma, a ponderação anunciada pelo PLE 41/2010, ao elevar os direitos da personalidade ao status de direito preferencial em abstrato deve ser modificada, realizando-se essa modificação com base na premissa de que, em um país democrático, a liberdade de expressão e informação nos casos envolvendo interesse público deve ser considerada como direito fundamental preferencial prima facie.[13]

Por fim, a redação dos dispositivos mencionados deveria ser outra, tal como a seguinte: a liberdade de expressão e informação, em havendo interesse público, deve ser, em regra, garantida ao requerente, salvo em algumas situações excepcionais que ficarem demonstradas que a revelação da informação ofenderá, de forma desproporcional, o direito à honra, à privacidade ou à imagem das pessoas. Neste caso, se alguém pretende ter acesso a uma informação pessoal, mas de interesse público, cabe àquele que negar o acesso à informação requerida o ônus argumentativo no sentido de demonstrar a situação excepcional, compromisso este que não deve ser imposto à pessoa que deseja o acesso à informação, a qual deverá apenas demonstrar que a informação pretendida é de interesse público.

13 Na defesa de uma proteção heterogênea do direito fundamental à liberdade de expressão e informação no ordenamento jurídico brasileiro, considerando-a como um direito fundamental preferencial prima facie nos casos envolvendo interesse público, veja-se: CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)**. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2011.

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E O PRAZO DE EXECUÇÃO DA MEDIDA: NOTAS CRÍTICAS SOBRE O VOTO DO MINISTRO NILSON NAVES NO HC 76.686

RÉGIS RICHAEL PRIMO DA SILVA
Procurador da República em São Luís/MA

ÍNDICE RÁPIDO

1. INTRODUÇÃO ... 29
2. O AMBIENTE FÁTICO-IDEOLÓGICO EM QUE SE SITUA A DECISÃO: ALGUNS EQUÍVOCOS ... 30
3. OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA DECISÃO: OUTROS EQUÍVOCOS ... 32
4. A IRRAZOABILIDADE DO PRAZO DE DOIS ANOS: UM AXIOMA? ... 33

1. INTRODUÇÃO

Os principais noticiários do país louvaram, exaustivamente, a decisão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que, no *habeas corpus* 76.686, anulou sentença penal proferida contra gestores do Grupo Sundown, condenados pela corrupção de Auditores da Receita Federal. A decisão do STJ fundou-se no fato de que as provas do crime foram obtidas por meio de interceptação telefônica, autorizada judicialmente, mas, sucessivamente, renovada ao longo de dois anos. Considerou aquela Corte que o prazo pelo qual se estendera o monitoramento ultrapassara o limite imposto pelo art. 5º da lei 9.296/96, que, segundo o relator, Ministro Nilson Naves, seria de quinze dias, renovável, uma única vez, por igual período.

Parece-nos claro, porém, que o aplauso da mídia, antes de constituir o resultado de reflexão madura sobre problemas técnico-interpretativos do direito brasileiro, deve-se a ligeira confusão: pôr sobre o mesmo critério de julgamento duas situações absolutamente distintas: de um lado, a gravação criminosa de conversas telefônicas de um Ministro do Supremo Tribunal Federal, a merecer a profunda indignação de todos*; de outro, a interceptação telefônica autorizada judicialmente, instrumento lícito destinado a obter prova sobre fatos criminosos cuja descoberta revelar-se-ia impossibilitada por outros meios. No primeiro caso há, por certo, injustificável devassa à vida privada; no segundo, nada mais do que legítima compressão da liberdade individual em benefício de outros valores assimilados pela consciência coletiva, e tuteláveis pelo Estado Democrático de Direito, mediante a exigência de criminalização e respectiva punição de certas condutas anti-sociais.

Seja como for, a grandiosa cobertura jornalística conferida à decisão, tendente a outorgar-lhe foros de generalidade, e, via de conseqüência, a pretender torná-la aplicável a situações análogas, não espelha a realidade do ordenamento pátrio. E com todo o respeito que a decisão merece, seu resultado está, de resto, longe de expressar a posição definitiva da Justiça brasileira. Contrariamente, a imensa maioria de nossos Tribunais, incluindo-se o próprio Superior Tribunal de Justiça, e igualmente o Supremo Tribunal Federal, tem entendido, ao cabo de doze anos de vigência da lei 9.296, que o prazo de execução da interceptação telefônica pode ser sucessivamente renovado pelo juiz, a depender da necessidade da medida[1].

* O Ministro a que nos referimos é o professor Gilmar Ferreira Mendes, de quem teriam sido captadas, ilicitamente, conversas telefônicas travadas com o senador Demóstenes Torres.

1 No STJ, ver, por exemplo, o RHC 13.274/RS e os HC 43.958/SP e 60.809/RJ. No STF, consultem-se o RHC 88.371/SP, os HC 83.515/RS e 84.301-1/SP, e a decisão no inquérito 2424, que apurava o envolvimento de magistrados em práticas de corrupção. Há também farta doutrina acolhendo essa tese. É o caso de Vicente Greco Filho. *Interceptação Telefônica*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 31; Antonio Scarance Fernandes. *A lei de interceptação telefônica*. In: Justiça Penal, nº 4. São Paulo: RT, 1997, p.p. 58/59; Damásio de Jesus. *Interceptação de comunicações telefônicas – notas à lei 9.296, de 24.07.1996*. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, 1997, p. 469; Luiz Flávio Gomes. *Interceptação telefônica – lei 9.296*, de 24.07.96. São Paulo: RT, 1997, p. 219; e Ada Pellegrini Grinover. *O regime brasileiro das Interceptações Telefônicas*. IN: Revista de Direito Administrativo, nº 207, p. 30.

É verdade que a correção de dada tese jurídica não pode ser aferida pelo número de decisões judiciais que a contemplam ou pela autoridade da doutrina ou dos órgãos judiciários que a adotam. O mundo do Direito é dinâmico, e os significados dos textos legais, tal qual as teorias científicas, são quase sempre provisórios, norteados pelo contexto histórico e pelos valores culturais cambiantes no seio de determinada comunidade. O que ontem era pacífico, hoje pode ser contestado, e amanhã poderá ser mudado, fruto de interpretação histórico-evolutiva. Abandonar, contudo, uma linha de pensamento, uma tradição, exige bons fundamentos para fazê-lo, justamente o que falta à decisão do STJ, como procuraremos demonstrar nos próximos tópicos.

2. O AMBIENTE FÁTICO-IDEOLÓGICO EM QUE SE SITUA A DECISÃO: ALGUNS EQUÍVOCOS

Uma leitura superficial do voto do Ministro Nilson Naves, relator do processo, revela o ambiente fático-ideológico no qual ele baseou sua decisão. Considerou o Ministro haver certa banalização no uso da interceptação telefônica por parte dos juízes. A medida teria passado de exceção à regra. A prova disso estaria na quantidade de monitoramentos atualmente existentes, cerca de 500.000, conforme dados obtidos pela CPI *dos grampos*. A partir daí, deixa claro o Ministro as suas opções político-jurídicas: havendo conflito entre normas de opostas inspirações ideológicas, uma a proteger a liberdade, outra a cerceá-la, a solução deve ser a favor da liberdade.

ABANDONAR, CONTUDO, UMA LINHA DE PENSAMENTO, UMA TRADIÇÃO, EXIGE BONS FUNDAMENTOS PARA FAZÊ-LO, JUSTAMENTE O QUE FALTA À DECISÃO DO STJ, COMO PROCURAREMOS DEMONSTRAR NOS PRÓXIMOS TÓPICOS.

Com respeito às premissas fáticas adotadas pelo Ministro, não nos parece, porém, tenham o devido respaldo. Saber se tem havido ou não abuso na autorização dos monitoramentos telefônicos depende, antes de qualquer coisa, de dados estatísticos que resultem de pesquisa conduzida com rigor técnico. Tal procedimento implicaria verificar considerável número de autorizações judiciais, julgar se cada uma delas atendeu ou não aos pressupostos legais exigíveis, e, em seguida, medir o percentual dos erros e acertos. Não nos consta que isso tenha sido feito. Em síntese, o Ministro utilizou argumento empírico sem base empírica[2].

Aludir, isoladamente, ao número de interceptações existentes hoje tampouco torna a inferência válida. Não é de admirar que a quantidade elevada de monitoramentos apenas revele o número também elevado de crimes graves cometidos no Brasil, antes cobertos pelas denominadas *cifras negras* que conformam a absurda seletividade do sistema penal[3], aqui mais do que alhures. Dizer simplesmente que o número alto de interceptações converte em *regra* medida que deveria ser *exceção* não convence. Com efeito, o que deve importar não é a quantidade de interceptações autorizadas, mas saber se, em cada caso, o juiz observou as condições exigidas para fazê-lo, resposta que, como visto, somente pesquisa empírica poderia fornecer.

No tocante à tese de que o valor liberdade deva preponderar diante de outros interesses igualmente relevantes, trata-se de opção pessoal do Ministro. Nenhum indício há de que tal preferência tenha sido acolhida como idéia político-jurídica fundamental, por este país, ou por qualquer das outras nações ditas civilizadas[4]. É, aliás, praticamente pacífico na teoria constitucional contemporânea o repúdio à idéia de sistema jurídico como *ordem hierarquizada* de valores[5], em cujo ápice figuraria a *liberdade*. Como quer que seja, arvorá-la em valor absoluto ou, quando menos, preponderante seria "esquecer que no direi-

2 A expressão é de Russel Hardin, *Liberalism, Constitucionalism, and Democracy*, Oxford, 2003, p. 123, apud MOREIRA. José Carlos Barbosa in *Dois Cientistas Políticos, Três Economistas e a Justiça Brasileira, Temas de Direito Processual*, 9ª série, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 409.

3 Alude-se à *seletividade do sistema penal* para designar a imensa desproporção entre o número de crimes praticados e o número de infratores efetivamente investigados, processados e punidos. Não é arriscado afirmar que, no Brasil, essa desproporção atinja números alarmantes.

4 Isaiah Berlin, destacado pensador liberal do século passado, jamais contrapôs-se a que pudesse a liberdade ser restringida para dar lugar a outras coisas boas, como segurança, paz ou saúde (A força das idéias, São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 163). O mesmo se diga de outro notável filósofo liberal, Bertrand Russel, para quem "enquanto a natureza humana continuar como é, haverá mais liberdade para todos numa comunidade em que certos atos de tirania sejam proibidos para indivíduos, do que numa comunidade em que a lei deixa cada indivíduo livre para seguir todos os seus impulsos" (*Caminhos para a Liberdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 102).

5 Robert Alexy, autor de uma das mais influentes teorias do Direito Constitucional escritas nos últimos cinqüenta anos, afirma que "é impossível uma ordenação de valores ou princípios que, em todos os casos e de forma intersubjetivamente cogente, defina a decisão no âmbito dos direitos fundamentais (*Theorie der Grundrechte*. Edição brasileira: Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 162).

to, como na vida, a suma sabedoria reside em conciliar, tanto quanto possível, solicitações contraditórias, inspiradas em interesses opostos e igualmente valiosos, de forma que a satisfação de um deles não implique o sacrifício total de outro"[6].

Em aparente conflito despontam, de um lado, o direito à privacidade, consubstanciado na faculdade de cada um travar conversas telefônicas livres do conhecimento de terceiros, e, de outro, o direito à efetividade da tutela jurisdicional, consistente no interesse jurídico da sociedade e do Estado de punir criminosos. A possibilidade de interceptar-se comunicações telefônicas mantidas por suspeitos de graves práticas ilícitas está compreendida, aqui, no âmbito do direito à prova e à verdade: tendo o processo caráter nitidamente instrumental, natural que "sendo alguém submetido a julgamento, o teor deste corresponda, com a maior exatidão possível, à situação de direito material"[7]. Em outras palavras, imperioso que se garanta ao Estado meios de alcançar a verdade acessível ao espírito humano, seja para condenar o culpado, seja para absolver o inocente[8].

6 Sábias palavras proferidas pelo mestre Barbosa Moreira in *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. Temas de Direito Processual, 6ª série, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 21.

7 MOREIRA. José Carlos Barbosa. *A Justiça e Nós*. Op. cit., p. 5.

8 Ao propósito, escreve, com argúcia, Barbosa Moreira: "De qualquer sorte, com alguma simplificação, direi que em linha de princípio, para que seja efetivo o processo penal, não importa menos fazer condenar o culpado que fazer absolver o inocente. Não fora assim, teríamos logicamente de admitir que o fim essencial desse processo consiste unicamente em declarar a inocência do réu, e portanto ele se deve reputar malogrado todas as vezes que desemboca em condenação!

Esse aspecto do problema, todavia, costuma ver-se obscurecido por certa tendência à unilateralidade na maneira de encarar a condição do acusado. Tem-se às vezes a impressão de que, no entender de alguns, o réu é sempre, por definição, não apenas e simplesmente alguém insuscetível de consideração como culpado antes de sentença condenatória trânsita em julgado (Constituição da República, art. 5º, nº LVII), mas qualquer coisa de particularmente enternecedor: um pobre coitado tão inofensivo quanto o mais tenro bebê cor-de-rosa, em relação a quem, sejam quais forem as circunstâncias, tudo que a Justiça tem a fazer, vexada com a antipática e constrangedora incumbência de julgá-lo, é varrer depressa para debaixo do tapete os aborrecidos elementos incriminadores que ousem insinuar-se nos autos e rogar humildes desculpas pelo transtorno que o processo seja capaz de causar.

Semelhante gênero de romantismo, que se julga progressista, arrisca-se, na prática, a favorecer menos o pequeno transgressor, aquele cujo desvio de conduta se pode explicar, em boa medida, pela carência de recursos, pelo baixo nível de educação, pela marginalização social – o batedor de carteiras, o 'puxador' de automóveis, o Mike Tyson frustrado que, numa discussão, tenta suprir a falta de argumentos esmurrando o nariz do interlocutor –, do que delinqüentes de muito mais alto vôo, bem nutridos de pecúnia, quando não confortavelmente instalados na rede da finança internacional. São esses, os peritos em atividades sofisticadamente anti-sociais, lesivas não apenas do patrimônio privado, ou de qualquer outro direito individual, mas de relevantes interesses da coletividade; são esses – os grandes sonegadores de impostos, os seqüestradores profissionais, os artífices de audaciosas fraudes financeiras, os aventureiros bafejados pela proteção ou pela conivência de administradores corruptos – que com maior probabilidade se beneficiarão (e, em certos casos, já se terão beneficiado), por exemplo, da aplicação mecânica e indiscriminada, quando não ostensivamente contrária à respectiva ratio , das regras sobre provas obtidas por meios ilícitos" (*A Justiça e nós*, op. Cit, pp. 5-6).

É, ALIÁS, PRATICAMENTE PACÍFICO NA TEORIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA O REPÚDIO À IDÉIA DE SISTEMA JURÍDICO COMO ORDEM HIERARQUIZADA DE VALORES, EM CUJO ÁPICE FIGURARIA A LIBERDADE

No âmago da tese abraçada pelo Ministro, de que, no conflito entre esses dois interesses legítimos, deva preponderar a liberdade, se encontra a imagem do *Estado opressor*. Segundo tal concepção, o réu é sempre retratado como isolado e *solitário*, diante do poder e dos recursos do Estado. Essa espécie de *dogma libertário* geralmente é acompanhada, como bem lembra William H. Simon, "por referências a regimes totalitários como os da Alemanha nazista e da Rússia soviética e à ausência de direitos de defesa criminal em tais regimes. Supõem-se que esses exemplos ilustrem o risco para a liberdade de um Estado excessivamente poderoso"[9]. A idéia de que a violência ou a opressão cometidas pelo poder privado possam ser igualmente uma ameaça à *liberdade* é incompreensível aos olhos dos adeptos de semelhante *libertarismo*.

A visão *libertária* é, contudo, enganosa. Sua retórica sugere que o réu individual enfrenta o Estado inteiro. No entanto, é incontestável que o Estado tem inúmeras preocupações além desse réu. Seria, assim, mais consentâneo com a realidade retratar o réu típico como enfrentando um reduzido número de servidores públicos exauridos e com excesso de trabalho[10]. Ignora-se, por outro lado, os riscos para a liberdade dos Estados fracos (de que a República de Weimar é um dos mais significativos exemplos), incapazes de impor a própria ordem jurídica aos que a ela se opõem[11].

Passa-se, assim, ao largo de uma idéia que nos parece óbvia: é importante que o Estado seja *forte* em sua capacidade de condenar os culpados e *fraco* na sua capacidade de condenar os *inocentes*[12]. Ainda nas palavras de Simon, "um enfraquecimento indiscriminado do poder estatal, não concentrado em nenhum dos objetivos do processo, não serve a nenhum propósito"[13].

9 Conforme SIMON. William H., The Practice of Justice. Edição brasileira: *A Prática da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 272.

10 Op. cit., p. 269.

11 Idem, p. 272.

12 Ibidem, p. 271.

13 Ibidem.

O problema da tese libertária, acolhida pelo Ministro, está, portanto, em que "ela impede a capacidade do Estado de condenar os culpados sem proporcionar nenhuma proteção significativa aos inocentes"[14].

3. OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA DECISÃO: OUTROS EQUÍVOCOS

A restrição ao sigilo das comunicações telefônicas foi expressamente estabelecida pela Constituição da República. Invioláveis em *regra*, possibilitou-se, no entanto, que se as interceptassem, por ordem judicial, nas condições em que a lei estabelecesse, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII).

Para disciplinar o diploma constitucional, sobreveio a lei 9.296/96, que, entre outras condições, enunciou, em seu art. 5º: "A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, *renovável uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova*".

Em seu voto, o Ministro Nilson Naves reputou ilícita a prova obtida na interceptação telefônica autorizada judicialmente porque a medida teria sido objeto de sucessivas renovações ao longo de dois anos. Consoante o Ministro, o prazo estabelecido na lei tem limite: 15 (quinze) dias; e somente se poderia renová-lo por igual período, isto é, por mais 15 (quinze) dias, uma única vez[15].

Não se pode ignorar a ambigüidade sintática de que padece o dispositivo legal. De fato, vista isoladamente, a locução *uma vez* tanto poderia ocupar, na oração, a função de adjunto adverbial de tempo, quanto a de conjunção condicional[16][16]. No primeiro caso, haveria clara limitação ao número de renovações da medida; no segundo, o emprego do adjetivo *renovável*, sem qualquer restrição, implicaria admitir que, após a primeira renovação, outras seriam possíveis.

Para resolver a ambigüidade, recorreu o Ministro relator, com base em doutrina do professor Geraldo Prado[17][17], à interpretação sistemática e ao princípio da razoabilidade: não se poderia autorizar compressão ao sigilo das comunicações telefônicas em grau superior ao admitido no Estado de Defesa. O tempo máximo de duração dessa medida excepcional é de 60 (sessenta) dias (art. 136, § 1º, I, "c" e § 2º). Logo, admitir sucessivas renovações da diligência de interceptação telefônica seria tratar "mais gravemente situação jurídica que por expressa previsão constitucional não é equiparável em gravidade àquelas que estão sujeitas ao Estado de Defesa"[18].

> TRATANDO-SE, NO ENTANTO, DE PERÍODO DE NORMALIDADE, EM QUE A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA SE SUJEITA A UMA SÉRIE DE CONDIÇÕES ESTRITAS, ATINGINDO EM MENOR GRAU O STATUS LIBERTATIS DO CIDADÃO, NADA HÁ DE IRRAZOÁVEL EM PERMITIR QUE AS RENOVAÇÕES DA MEDIDA SE PROLONGUEM PELO TEMPO NECESSÁRIO À APURAÇÃO DOS RESPECTIVOS DELITOS PARA CUJA FINALIDADE FORA ELA AUTORIZADA.

A nosso ver, a comparação não procede. No Estado de Defesa a restrição ao sigilo telefônico é sumamente mais grave. Como bem observa Uadi Lammêgo Bulos, não se trata, aí, de restrição, mas de verdadeira *suspensão temporária* do direito[19]. Nas situações de *normalidade*, o sigilo telefônico somente pode ser *quebrado* sob condições estritas, taxativamente estabelecidas na lei 9.296/96. No Estado de Defesa é diferente: o próprio direito à respectiva inviolabilidade fica suspenso. Independentemente de ordem judicial, e dos fins específicos de repressão ao crime, poderia, aqui, o Poder Executivo, legitimamente, monitorar

14 Ibidem.

15 Conquanto tenha o Ministro aludido à professora Ada Pellegrini Grinover entre os partidários de sua tese, o trecho do artigo por ele citado mostra justamente o contrário. Leia-se o que diz a eminente jurista: "A lei não esclarece se, após a primeira prorrogação, outra será possível. O Projeto Miro Teixeira era expresso, prevendo tantas prorrogações quantas necessárias, desde que continuassem presentes os pressupostos de admissibilidade da ordem de interceptação. *O bom senso deverá conduzir o juiz nesse sentido*" (grifos nossos).

16 Conforme já chamara atenção o Ministro Cezar Peluso, a locução uma vez "não é adjunto adverbial de tempo, mas conjunção condicional, significando 'desde que' e não 'uma única vez'" (ver seu voto no HC 83.515-5/RS).

17 No voto do Ministro há referência à obra Limites às *Interceptações telefônicas...*, Lumem, 2005, pp. 38 e 45/46.

18 Essas as palavras do professor Geraldo Prado.

19 *Constituição Federal Anotada*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 1040. No mesmo sentido MORAIS. Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada. São Paulo: Atlas, 2002, p. 1614.

conversas telefônicas[2020]. A gravidade da limitação a direitos fundamentais justifica tenha a medida excepcional, nesse último caso, prazo certo de duração[21].

Tratando-se, no entanto, de período de *normalidade*, em que a interceptação telefônica se sujeita a uma série de condições estritas, atingindo em menor grau o *status libertatis* do cidadão, nada há de irrazoável em permitir que as renovações da medida se prolonguem pelo tempo necessário à apuração dos respectivos delitos para cuja finalidade fora ela autorizada. Acolhendo essa tese, em julgamento no STF, acentuou o Ministro Peluzo, com a acuidade que lhe é peculiar: "Não consigo conceber, aliás, prova limitada quando os fatos objeto da investigação não têm limitação no tempo. A prova será prorrogada tantas vezes quantas se mostre indispensável à revelação integral do fato"[22].

Não se ignora lição clássica do mestre Carlos Maximiliano, citada pelo Ministro Nilson Naves, segundo a qual "estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana". Disse-o bem: *estritamente*. Não se confunda, todavia, exegese *estrita* com imobilidade da hermenêutica. Conforme o magistério do próprio Maximiliano, "até mesmo no campo do Direito Penal a interpretação adapta-se à época, atende aos *fatores sociais*"[23]. Ademais, nem mesmo caberia aludir a "interpretação estrita" antes de superar-se a ambigüidade sintática de que sofre a citada disposição normativa: não se lhe poderia limitar o *alcance* sem que se lhe tenha, previamente, precisado o *sentido*. No ponto, é de lembrar-se, que as expressões linguísticas não possuem um *significado natural*, imutável, independente do contexto e da situação em que são enunciadas. Somente se pode compreender a linguagem humana a partir de certos padrões culturais da comunidade em que ela se desenvolve. E no Direito não é diferente: são esses pressupostos de ordem ético-política que, não raras vezes, servem de guia para a delimitação do raio de incidência de incontáveis disposições legais; são eles que nos incentivam a nelas buscar um significado razoável, que se possa harmonizar com os cânones culturais da sociedade na qual vivemos, e a evitar as exegeses que conduzam a absurdos, isto é, a resultados flagrantemente dissociados de sua *ratio*[24].

Também por esse aspecto é criticável a solução dada pelo Ministro à questão. Acolher-lhe a tese significaria, em última análise, admitir que poderosas organizações criminosas, cujas práticas se protraem no tempo, ficassem imunes à lei penal, ante a inadmissibilidade de que, contra elas, se utilizzasse o único meio de lhes investigar os delitos. Imagine-se, por exemplo, que no último dia do prazo da diligência, já após a primeira renovação, capta-se conversa em que os interlocutores ajustam novos crimes, acertando outra conversa telefônica para a semana seguinte, quando então seria traçado o plano criminoso. Diante de tal situação, e provocado pela autoridade policial ou pelo Ministério Público a renovar, uma vez mais, a medida, o que deveria fazer o juiz? Simplesmente indeferir o pedido, permitindo, assim, que direitos fundamentais fossem invocados como escudo protetor de atividades ilícitas?

4. A IRRAZOABILIDADE DO PRAZO DE DOIS ANOS: UM AXIOMA?

Em sua conclusão, proclama o Ministro Nilson Naves: "se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei nº 9.296/96, art. 5º), por que não os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º)? Ou *por que não razoável prazo*? (grifos nossos)".

Importa notar que, em nenhum momento de seu longo voto[25], o Ministro fez menção a eventual deficiência ou impropriedade na fundamentação jurídica das seguidas decisões judiciais que, sucessivamente, renovaram a diligência de interceptação telefônica. Repetindo qual axioma que, no conflito entre normas de opostas inspirações ideológicas, há de se privilegiar a liberdade, a intimidade e a vida privada, limitou-se a considerar o prazo de dois anos, por si só, e indepen

20 Ressalva-se que a licitude da medida condiciona-se a que o faça com o exclusivo objetivo de restauração da ordem pública ou da paz social ameaçadas pela grave crise.

21 Não se deve ignorar, contudo, que, mesmo com prazo certo para acabar, acaso persista a crise, o Presidente da República poderá decretar o *Estado de Sítio* (Constituição, art. 137, I), com a adoção de medidas ainda mais gravosas, e sujeito a sucessivas prorrogações (art. 138, § 1º).

22 Ainda em seu voto no HC 83.515-5/RS.

23 Hermenêutica e Aplicação do Direito. 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 325.

24 Ainda é Carlos Maximiliano quem nos ensina: "Deve o direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo. (...) Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela sem efeito, inócua, ou este, juridicamente nulo. (...) é tão defectivo o sentido que deixa ficar sem efeito (a lei), como o que não faz produzir efeito senão em hipóteses tão gratuitas que o legislador evidentemente não teria feito uma lei para prevenir-las" (Op. cit., p. 166).

25 Disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=642&tmp.texto=89110, acesso em 15/09/2008.

dente de qualquer outra circunstância, *irrazoável*. Não revelou, contudo, qual seria o prazo *razoável*[26].

É intuitivo, porém, que, em sociedades pluralistas e conflituosas como o é a nossa, o campo de referência da noção de *razoabilidade* seja controverso: o que é razoável para fulano não o é para beltrano. Justamente por isso, é indispensável ao juiz que, ao aplicar semelhante noção, torne explícitas e justificadas as razões pelas quais considera tal ou qual evento contido na extensão do respectivo conceito. Para o Ministro, é axiomático que no conflito entre liberdade e autoridade haja sempre de prevalecer a primeira, daí considerar *irrazoável* que se possa renovar, ao longo de dois anos, medida de interceptação telefônica. Entretanto, aos olhos de boa parte da sociedade brasileira, nem semelhante conclusão está autorizada pela premissa, nem tampouco esta última se trata de verdade evidente. Deveria, portanto, o Ministro tê-las justificado suficientemente: tanto a verdade da premissa, quanto a validade da inferência, se não para nos convencer a todos, quando menos em respeito ao art. 93, IX, da Constituição da República.

26 Em substancioso trabalho, no qual distingue os conceitos de razoabilidade e proporcionalidade, esclarece o professor Virgílio Afonso da Silva que o primeiro termo se refere a "uma simples análise de compatibilidade entre meios e fins". Segundo ele, "o teste sobre a irrazoabilidade é muito menos intenso do que os testes que a regra da proporcionalidade exige, destinando-se meramente a afastar atos absurdamente irrazoáveis. (...) Na fórmula clássica da decisão Wednesbury: se uma decisão (...) é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria" (O Proporcional e o Razoável. Revista dos Tribunais, nº 798, São Paulo: RT, abril de 2002).

I Concurso de Artigos Científicos da ASBAN e do FOCCO/GO Meios e Oportunidades de Combate à Corrupção e à Improbidade Administrativa

O ENFRENTAMENTO DA CORRUPÇÃO A PARTIR DO FORTALECIMENTO DA ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL, DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE E DA ATUAÇÃO PREVENTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

AUGUSTO RODRIGUES DA CUNHA LIMA

Acadêmico da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás. Estagiário do Ministério Público Federal – 3º Ofício do Núcleo de Combate à Corrupção da PRGO.

ÍNDICE RÁPIDO

RESUMO ... 35
1. INTRODUÇÃO ... 35
2. MEIOS DE COMBATE À CORRUPÇÃO ... 36
3. CONCLUSÃO ... 42
REFERÊNCIAS ... 43

RESUMO

Este trabalho apresenta dados estatísticos obtidos dos órgãos de controle, do Ministério Público Federal e de outras instituições, que revelam o impacto da corrupção no Brasil, bem como os resultados de seu combate nas formas repressiva e preventiva.

A partir disso, demonstra a superioridade da prevenção à corrupção na proteção do patrimônio público, além do que aponta algumas das causas que tornam a repressão aos atos de improbidade ineficiente.

Após, expõe estratégias de prevenção à corrupção a partir do fortalecimento da advocacia pública municipal, dos órgãos de controle e da atuação extrajudicial do Ministério Público, citando exemplos concretos.

PALAVRAS-CHAVE:

corrupção; prevenção, repressão; promoção.

1. INTRODUÇÃO

O combate à corrupção constitui desafio central para qualquer país, pois seus efeitos são extremamente danosos. De acordo com pesquisa realizada pela *Transparency International*, "somente nos países em desenvolvimento e em transição, políticos e funcionários do governo corruptos recebem propinas estimadas entre US$ 20 a 40 bilhões por ano..."[1].

Na mesma pesquisa, ressalta-se que "...até mesmo os pagamentos facilitadores — os numerosos, geralmente pequenos pagamentos realizados pelas empresas para fazer 'as coisas acontecerem' — são considerados prejudiciais, uma vez que se multiplicam ao longo do sistema e ajudam a alimentar e sustentar burocracias, partidos políticos e governos corruptos"[2].

No contexto brasileiro, estima-se que, entre 2002 e 2008, "R$ 40 bilhões foram perdidos com a corrupção, [...] média de R$ 6 bilhões por ano [...]. Com esse volume de recursos seria possível elevar em 23% o número de

1 TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Relatório Global de Corrupção 2009 - A corrupção e o setor privado, p. 2.

2 TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Loc. Cit.

famílias beneficiadas pelo Bolsa Família - hoje quase 13 milhões. Ou ainda reduzir à metade o número de casas sem saneamento - no total, cerca de 25 milhões de moradias..."[3].

A Controladoria-Geral da União, na fiscalização da aplicação dos recursos federais, por meio de sorteios públicos, tem detectado irregularidades graves em aproximadamente 70% dos municípios fiscalizados[4], o que evidencia que a corrupção atinge todo o território nacional.

No âmbito do Tribunal de Contas da União, os números são igualmente preocupantes. Em 2010, foram inspecionadas 231 obras, das quais 30 apresentaram indícios de irregularidades graves[5]. Nos casos envolvendo a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária/Infraero, foram encontradas irregularidades dessa natureza em 60% das obras fiscalizadas[6].

Os indícios de irregularidade grave decorreram principalmente "...de falhas no orçamento da obra – com consequente contratação em valor acima do de mercado – e deficiência ou desatualização de projeto básico. [...] **O somatório dos benefícios potenciais resultantes da fiscalização de obras em 2010 atingiu R$ 4,067 bilhões**"[7].

Como se nota, a corrupção, no Brasil, é sistêmica, exigindo ações permanentes envolvendo todas as esferas de governo, órgãos de controle, o Ministério Público e, naturalmente, a sociedade civil, cada qual desempenhando seu papel.

3 CARNEIRO, Mariana. Corrupção faz Brasil perder uma Bolívia. Folha de S. Paulo, passim.

4 CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Revista da CGU. Brasília: CGU, Ano III, nº 5, Dezembro/2008, p. 10.

5 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, Relatório Anual de Atividades 2010, p.66.

6 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, Loc. Cit.

7 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, Relatório Anual de Atividades 2010, p. 67, sem grifo no original.

2. MEIOS DE COMBATE À CORRUPÇÃO

O enfrentamento da corrupção opera-se, essencialmente, por meio de três estratégias distintas que se complementam: **a)** a de promoção, que tem por finalidade estimular mudanças culturais, formar cidadãos e valorizar a ética e a moral; **b)** a de prevenção, que corresponde ao conjunto de ações que buscam impedir a consumação de atos ímprobos; **c)** e a de repressão, que visa punir os infratores e recuperar o prejuízo causado ao erário.

2.1 Promoção de conhecimentos éticos e morais

Com relação aos meios de promoção, o artigo 205 da Constituição Federal dispõe que "a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, **seu preparo para o exercício da cidadania** e sua qualificação para o trabalho"[8].

O ENFRENTAMENTO DA CORRUPÇÃO OPERA-SE, ESSENCIALMENTE, POR MEIO DE TRÊS ESTRATÉGIAS DISTINTAS QUE SE COMPLEMENTAM: A) A DE PROMOÇÃO, QUE TEM POR FINALIDADE ESTIMULAR MUDANÇAS CULTURAIS, FORMAR CIDADÃOS E VALORIZAR A ÉTICA E A MORAL; B) A DE PREVENÇÃO, QUE CORRESPONDE AO CONJUNTO DE AÇÕES QUE BUSCAM IMPEDIR A CONSUMAÇÃO DE ATOS ÍMPROBOS; C) E A DE REPRESSÃO, QUE VISA PUNIR OS INFRATORES E RECUPERAR O PREJUÍZO CAUSADO AO ERÁRIO.

Assim, o dispositivo em questão impõe ao Estado e à família que a educação tenha por finalidade a formação de indivíduos preparados para o exercício da cidadania. De fato, como cidadãos corruptos emergem do seio da sociedade, pode-se evitar a corrupção a partir da disseminação de conhecimentos éticos e morais, buscando a formação de indivíduos mais conscientizados dos prejuízos causados por ela e de suas consequências.

Ciente desse dever, o Superior Tribunal de Justiça possui um *site* destinado às crianças e recebe escolas que desejem conhecer o tribunal[9]. O Ministério Público Federal, por seu turno, possui iniciativas semelhantes, como o *site* da Turminha do MPF[10]. A par disso, a Procuradoria da República em Goiás tem realizado eventos para crianças em sua

8 BRASIL. Constituição, 1988. Sem grifo no original.

9 STJúnior: <http://www.stjunior.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=1087>.

10 Turmina do MPF: <http://www.turminha.mpf.gov.br/>.

sede e, recentemente, participou da feira do livro em Goiânia. Já a Controladoria-Geral da União possui *site* e cartilha destinados às crianças[11], além do que realiza concursos de desenho e redação, com temas relacionados ao seu âmbito de atuação. O Ministério Público do Estado de Goiás promove concursos de monografia abertos ao público em geral, o que sem dúvida estimula a participação da sociedade civil, e em um passado recente adotou o projeto "O MP vai às escolas", em que o corpo docente de escolas públicas era capacitado para a aplicação de conteúdos pertinentes aos direitos relacionados ao pleno exercício da cidadania.

Por sua vez, a divulgação de informações constitui mecanismo de promoção de ações de controle social e cidadania. Nesse sentido, a Controladoria-Geral da União possui várias iniciativas, tais como, o Portal da Transparência (http://transparencia.gov.br), o "Olho Vivo no Dinheiro Público" (http://www.cgu.gov.br/olhovivo/) que já contemplou 1.639 municípios com encontros presenciais que mobilizaram e capacitaram mais de 32 mil cidadãos[12], e o Portal da Copa de 2014 (http://www.portaltransparencia.gov.br/copa2014/).

Observa-se que, nesta seara, a Controladoria-Geral da União é exemplo a ser seguido, com diversas iniciativas já executadas.

2.2 Repressão à corrupção

Repressivamente, o combate à corrupção tem-se mostrado pouco efetivo, em razão da morosidade na apuração das infrações que, por vezes, envolvem esquemas elaborados, difíceis de serem provados, ou exigem a realização de perícias de alta complexidade.

A leniência do judiciário obsta, igualmente, a efetividade das medidas judiciais, uma vez que dificulta a recuperação do dinheiro desviado, propicia a prescrição e a impunidade. Resultado: "o crime compensa".

Para ilustrar o cenário exposto, tem-se o caso do deputado Paulo Maluf (PP-SP). Procurado pela Interpol por conspiração, auxílio na remessa de dinheiro ilegal para Nova York e desvio de dinheiro público em São Paulo[13], o deputado possui mandado de prisão válido em 181 países[14], mas nunca foi condenado definitivamente no Brasil. Os recursos desviados por Maluf, em razão de fraudes em sua gestão na Prefeitura de São Paulo, aproximam-se de um bilhão de dólares[15].

Outro caso célebre é o do ex-presidente Fernando Color que, desde 1998, ou seja, há 13 anos, responde processo por extorsão e formação de quadrilha. Atualmente é senador pelo PTB de Alagoas.

O caso dos "Anões do Orçamento", de 1993, também se encontra sem desfecho. Dentre os acusados, o ex-deputado federal Ézio Ferreira, suspeito de desviar recursos de emendas parlamentares, responde há 18 anos por lavagem de capitais. De acordo com a Folha de S. Paulo, dos 31 denunciados no caso, 13 tiveram reconhecida prescrita a pretensão punitiva dos crimes supostamente praticados[16].

Os próprios magistrados reconhecem a demora no encerramento dos processos como a principal causa para a impunidade no país. Nesse sentido, responderam 83,9% dos juízes entrevistados em pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros[17].

Levantamento da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal revela que, entre 1993 e 2004, das mais de 10.000 ações propostas com vistas a defender o patrimônio público, apenas 0,37% (39) resultaram em condenação; o restante implicou em absolvição ou continuam em tramitação. Nesse último estado, à época da pesquisa, estavam 85.59% (9.082)[18] das ações propostas, o que reforça o entendimento de que as medidas judiciais não constituem meio eficaz para a proteção do patrimônio público.

Não bastassem tais dificuldades, a jurisprudência dos tribunais brasileiros é excessivamente benevolente com os autores de crimes contra a administração

11 Portalzinho da CGU: <http://www.portalzinho.cgu.gov.br/>.

12 BRAZIL. Combate à corrupção, p. 295. Disponível em <https://i3gov.planejamento.gov.br/textos/livro6/6.7_Combate_a_corrupcao.pdf>. Acesso em: 30 out. 2011.

13 Wanted-Persons. Disponível em: <http://www.interpol.int/Wanted-Persons/(wanted_id)/2009-13608>. Acesso em: 30 out. 2011.

14 RIBEIRO, Marcelle. Paulo Maluf entra para a lista de procurados da Interpol. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2010/03/19/paulo-maluf-entra-para-lista-de-procurados-da-interpol-916123917.asp>. Acesso em: 29 out. 2011.

15 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF abrirá ação penal contra deputado Maluf e familiares. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=190572>. Acesso em: 30 out. 2011.

16 CARNEIRO, Mariana. Corrupção faz Brasil perder uma Bolívia. Folha de S. Paulo, passim.

17 ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. Pesquisa AMB 2006, tabela 14, p. 18.

18 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, Procuradoria-Geral da República, 5ª Câmara de Coordenação e Revisão Patrimônio Público e Social. Base de dados da atuação do MPF na defesa do patrimônio público e da probidade administrativa, 1993-2004.

pública, como se nota do acórdão abaixo, do Supremo Tribunal Federal:

> Habeas Corpus. 2. Ex-prefeito condenado pela prática do crime previsto no art. 1º, II, do Decreto-Lei 201/1967, **por ter utilizado máquinas e caminhões de propriedade da Prefeitura para efetuar terraplanagem no terreno de sua residência**. 3. **Aplicação do princípio da insignificância. Possibilidade. 4. Ordem concedida**. HC 104286 / SP - SÃO PAULO, HABEAS CORPUS, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, **Julgamento: 03/05/2011**, sem grifo no original.

No âmbito do Tribunal de Contas da União, no período de 2003 a 2007, foi determinada a restituição de mais de R$ 3 bi desviados do tesouro nacional; contudo, apenas R$ 27 mi foram efetivamente recuperados, ou seja, menos de 1%[19].

Por outro lado, atuando preventivamente, por meio da análise de editais de licitações e convênios, o TCU conseguiu evitar R$ 13 bi em prejuízos à União[20]. Somente no primeiro trimestre de 2011, os benefícios financeiros das ações de controle do TCU chegaram a R$1.530.077.725,20[21].

2.3 Prevenção à corrupção

2.3.1 A importância dos auditores e dos órgãos de controle no enfrentamento da corrupção

Stephen Kanitz, formado em contabilidade pela USP e mestre em Administração de Empresas por Harvard, afirma que: "o Brasil não é um país intrinsicamente corrupto. Não existe nos genes brasileiros nada que nos predisponha à corrupção, algo herdado, por exemplo, de desterrados portugueses. **A Austrália, que foi colônia penal do império britânico**, não possui índices de corrupção superiores aos de outras nações..."[22].

Na verdade, segundo Stephen: "o Brasil não é um país corrupto. É apenas um país pouco auditado"[23]. **De acordo com levantamentos feitos pelo pesquisador, as nações com menor índice de corrupção são aquelas que têm maior número de auditores formados e treinados**[24].

A Dinamarca, por exemplo, possui 100 auditores para cada 100.000 habitantes[25] e ocupa o 1º lugar, como país menos corrupto do mundo, no *Corruption Perceptions Index 2010,* da *Transparency International*[26]. Enquanto isso, o Brasil, situado na 69ª posição do mesmo ranking, tem somente oito auditores por 100.000 habitantes, ou seja, 12.800 auditores no total[27]. Assim, para obter os mesmos níveis da Dinamarca, seria necessário formar e treinar 160.000 novos auditores.

Nesse rumo, o auditor Charles Holland, da Ernst & Young, afirma que[28]:

> **O Brasil é um dos países menos auditados do mundo**. Basta comparar o número relativo de auditores aqui existente com o de outras nações para verificar que prestação de contas não é o nosso forte: nos EUA, há um auditor para cada grupo de 2.327 habitantes; na Inglaterra, a relação é de um para 1.316; na Holanda, 899. Enquanto isso, no Brasil, a relação é de um para 24.615 habitantes.

De fato, no Brasil não existem auditores suficientes para realizar as fiscalizações com a frequência necessária. A Controladoria-Geral da União, por exemplo, utiliza-se do sistema de sorteios para apurar as irregularidades no varejo. Dessa forma, as irregularidades são encontradas, muitas vezes, anos depois de suas ocorrências e com o prejuízo ao erário já concretizado.

De acordo com a CGU, desde o lançamento do programa de fiscalização mediante sorteios públicos em 2003, foram fiscalizados 1.821[29] de 5.565 municípios brasileiros, ou seja, ao longo de 8 anos, apenas 32% do total.

Para se atuar preventivamente, como defendido neste artigo, as fiscalizações pelos órgãos de controle

19 NÓBREGA, Fábio George Cruz. Fórum Paraibano de Combate à Corrupção (FOCCO) - Relatório de 2007. Disponível em: <http://www.prr5.mpf.gov.br/forum/semana_cidadania/Fabio_George_MPF.pdf>. Acesso em: 30 out. 2011.

20 Ibidem.

21 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Relatório de Atividades do TCU, referente ao 1º Trimestre/2011, p. 20.

22 KANITZ, Stephen. A origem da corrupção. Revista Veja, p. 21, Jun/1999, sem grifo no original.

23 KANITZ, Stephen. Loc. Cit.

24 KANITZ, Stephen. Loc. Cit.

25 KANITZ, Stephen. Loc. Cit.

26 TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Corruption Perceptions Index 2010, p. 2.

27 KANITZ, Stephen. A origem da corrupção. VEJA, p. 21, Jun/1999.

28 HOLLAND, Charles. Travesseiro de Consciência Tranquila, p. 1, sem grifo no original.

29 CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. CGU define municípios a serem fiscalizados no 34º Sorteio. Disponível em: http://www.cgu.gov.br/imprensa/Noticias/2011/noticia14511.asp. Acesso em 02 nov. 2011.

deveriam ser realizadas em intervalos de tempo menores, de modo a constatar as irregularidades antes que o prejuízo ao erário ocorra ou torne-se de difícil reparação.

Na verdade, a principal função do auditor não é a de fiscalizar depois de o fato estar consumado, mas a de criar controles internos para que fraudes sequer possam ser praticadas[30].

A situação dos municípios brasileiros é muito grave. Como citado outrora, nas fiscalizações realizadas pela CGU, foram encontradas irregularidades graves em cerca de 70% dos municípios fiscalizados. Isso se deve, em boa parte, à inexistência de assessória jurídica adequada e à ausência de Controladorias Internas bem estruturadas nos municípios.

Nas palavras de Gleno Ricardo Scherer, Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul: "a criação de Controles Internos, para evitar o abuso de poder, o erro, a fraude e, principalmente, a ineficiência, **é fundamental para que os municípios resguardem os seus ativos, assegurem a fidelidade e integridade dos registros, das demonstrações, das informações e dos relatórios contábeis**"[31].

Ademais, fortalecer os órgãos de controle não é apenas necessário, como também um bom negócio. No caso do Tribunal de Contas da União, por exemplo, o benefício financeiro das ações de controle, no 1º trimestre de 2011, atingiu o montante de R$ 1.530.077.725,26, valor 4,97 vezes superior ao custo de funcionamento do órgão no mesmo período: R$ 307.272.187,67[32].

Portanto, impõe-se o fortalecimento dos órgãos de controle, sobretudo a Controladoria-Geral da União e os municipais, com a investidura de mais auditores, mediante concurso público, de modo a permitir que as fiscalizações sejam realizadas amiúde, evitando-se a consumação de atos corruptos que causem prejuízo ao erário e criando controles internos para que fraudes sequer possam ser praticadas.

2.3.2 O Combate à corrupção por meio do fortalecimento da advocacia pública

A procuradoria do município exerce papel fundamental no combate preventivo à corrupção, pois tem a função de verificar a regularidade dos atos praticados pela administração pública, em seu âmbito de atuação, antes que produzam efeitos nocivos.

Por exemplo, o parágrafo único do artigo 38 da Lei 8.666/93 impõe que "as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração".

A PROCURADORIA DO MUNICÍPIO EXERCE PAPEL FUNDAMENTAL NO COMBATE PREVENTIVO À CORRUPÇÃO, POIS TEM A FUNÇÃO DE VERIFICAR A REGULARIDADE DOS ATOS PRATICADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, EM SEU ÂMBITO DE ATUAÇÃO, ANTES QUE PRODUZAM EFEITOS NOCIVOS.

Na prática, no entanto, são comuns erros crassos nas concorrências públicas, tais como, dispensa indevida de licitação ou realização em modalidade diversa da prevista em lei. Em 2010, a CGU constatou problemas em licitações em 110 dos 120 municípios fiscalizados, ou seja, 91,66% do total[33]. "Nesses municípios, a irregularidade mais comum é a dispensa indevida do processo licitatório, verificada em 57 cidades (51,8%)"[34]. Isso acontece em razão dos pareces dos procuradores municipais objetivarem apenas atender a formalidades legais, sem constituírem verdadeiro ato fiscalizador.

Ocorre que, nos municípios onde os procuradores não são concursados, mas escolhidos pelas autoridades municipais, eles não possuem a capacidade técnica ou a autonomia profissional necessária para exercerem seu papel. Na prática, em vez de defenderem os interesses do município, defendem, por via de regra, os interesses daqueles que os colocaram no cargo.

Assim, é necessário separar a advocacia dos municípios da advocacia dos governantes. A primeira diz respeito

30 KANITZ, Stephen. A origem da corrupção. Revista Veja, p. 21, Jun/1999.

31 TATSCH, Célio. O controle interno nas pequenas e médias prefeituras em municípios da região central do Rio Grande do Sul, Revista Eletrônica de Contabilidade do Curso de Ciências Contábeis da UFSM. Rio Grande do Sul: Vol. I, nº 3, Mar-Mai/2005, p 131. Disponível em: <http://w3.ufsm.br/revistacontabeis/anterior/artigos/vIIn01/a08vIIn01.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2011.

32 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Relatório de Atividades do TCU, referente ao 1º Trimestre/2011, p. 20.

33 CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. CGU constata problemas em licitações em 110 de 120 municípios fiscalizados. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/imprensa/Noticias/2010/noticia02310.asp>. Acesso em 02 nov. 2011.

34 Ob. Cit.

à proteção dos interesses públicos indisponíveis. Já a segunda visa proteger aos interesses dos governantes que muitas vezes vão de encontro aos interesses da coletividade.

Com vistas a fortalecer a advocacia pública dos municípios para torná-la apta ao combate à corrupção, é necessário que os ocupantes dos cargos sejam investidos na carreira por meio de concurso público. Dessa forma, a procuradoria do município seguirá desvinculada dos humores imediatistas dos governantes locais. Ademais, por meio de concursos públicos serão selecionados os candidatos mais bem preparados para ocupar o cargo.

Defendendo a atuação da advocacia pública, o Presidente da Comissão Especial da Advocacia Pública da OAB/RS, Arodi de Lima Gomes[35], asseverou o seguinte:

> **A atuação do advogado público para o Estado brasileiro é de extrema importância porque por ele passam todas as atividades inerentes ao governo, que está constituído para servir ao povo.** Quando se faz uma licitação, em qualquer dos níveis, se busca adquirir um bem ou serviço que seja de utilidade para o cumprimento da missão daquele órgão e todo esse processo vai passar pelo crivo de um advogado público, a fim de verificar se os princípios elencados no artigo 37 da constituição Federal estão ali contemplados: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade. É do advogado público a responsabilidade de examinar esses pressupostos e orientar o administrador a fazer ou não aquela licitação. **Ao fazer o controle primário da legalidade, o advogado público assume importância vital contra a corrupção, o desvio de verbas, a má aplicação de verbas públicas e assim por diante. Tanto que se costuma dizer que o combate à corrupção se faz com advocacia pública forte.** [...]
>
> Enfim, a advocacia pública age nos entes fundamentais ao Estado e ao governo, na medida em que lidam com atividades extremamente sensíveis à sociedade, entre as quais está a implementação de políticas públicas governamentais, controle primário da legalidade dos atos administrativos, a cobrança dos devedores do erário, o combate à sonegação fiscal e, preventivamente, à corrupção, exercendo a tutela da lei no âmbito do Poder Executivo.

35 GOMES, Arodi de Lima Gomes. O Combate à corrupção se faz com advocacia pública forte. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/conteudo.jsp?page=6&conteudo=conteudo/d170970fdae84faf3bfd87b597a31540.html. Acesso em 02 nov. 2011.

Como se nota, uma advocacia pública bem estrutura exerce papel fundamental no combate à corrupção. Sabendo disso, o Ministério Público do Estado de Goiás, por meio de Termo de Ajustamento de Conduta, firmou acordo com a Prefeitura de Goiânia, no qual esta se comprometeu a realizar concurso público para a contratação de procuradores jurídicos do município, porque atualmente os cargos em questão são ocupados por servidores em desvio de função ou por comissionados [36].

Assim, recomenda-se que tal atitude seja replicada por todos os Ministérios Públicos estaduais.

2.3.3 A atuação preventiva do Ministério Público no combate à corrupção

Sérgio de Andréa Ferreira, desembargador aposentado pelo TRF 2ª Região, assevera que "se MONTESQUIEU tivesse escrito hoje o Espírito das Leis, por certo não seria tríplice, mas quádrupla, a divisão dos poderes. Ao órgão que legisla, ao que executa, ao que julga, um outro órgão acrescentaria ele – o que defende a sociedade e a lei, perante a justiça, parta a ofensa donde partir, isto é, dos indivíduos ou dos próprios poderes do Estado"[37].

A Constituição Federal de 1988, embora não tenha elevado o Ministério Público à condição de quarto poder, tornou-lhe instituição autônoma, indivisível, independente funcionalmente, e desvencilhada do Executivo.

O referido órgão recebeu a condição de "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado"[38], responsável pela "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis"[39], e pela promoção, privativamente, da ação penal pública.

Com efeito, o Ministério Público é protagonista do combate à corrupção. Nesse sentido, pesquisa realizada pela Universidade Federal de Minas Gerais, com apoio da Controladoria-Geral da União e do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, aponta o *parquet* como órgão de maior valor para a diminuição da corrupção, com nota de 7.8, seguido

36 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. Acordo com MP garante concurso para cargo de procurador jurídico em Goiânia. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/1/noticia/9801a2a4d963e8253d1bc7d0a3888e93.html>. Acesso em 02 nov. 2011.

37 FERREIRA, Sérgio de Andréa. Princípios institucionais do Ministério Público. Rio de Janeiro:

Revista do Instituto dos Advogados do Brasil, 1985, p. 11.

38 BRASIL. Constituição, 1988, art. 127.

39 BRASIL. Constituição, 1988, art. 127.

da Polícia Federal que obteve grade 7.68, e da Controladoria Geral da União com score de 7.51[40].

De fato, "a violação da moralidade e a probidade administrativas implicam em desrespeito aos valores mais relevantes da República e ao Estado Democrático de Direito (arts. 1º, 3º e 37, CF), razão pela qual a intervenção e tutela pelo Ministério Público nessas questões deve ser especializada e mais contundente, à altura dos potenciais danos causados à sociedade"[41].

Neste capítulo, além de uma breve abordagem teórica, serão explorados exemplos concretos de atuação extrajudicial do órgão no combate à corrupção, a fim de demonstrar que tais meios, além de mais céleres, podem ser tão ou mais eficientes que as medidas judiciais.

De início, cumpre salientar que o Ministério Público, para enfrentar a corrupção, dispõe de: meios judiciais, como a ação penal e a ação civil pública de improbidade administrativa; e extrajudiciais, como a recomendação e o termo de ajustamento de conduta. Estas duas últimas medidas são muito mais céleres do que as duas primeiras, pois não dependem de demandas judiciais que, como demonstrado no capítulo 2.2, podem levar décadas para obter um desfecho. Para exemplificar, apenas na Justiça Federal em Goiás, mais de 42.000 processos aguardam solução[42].

NESSE SENTIDO, PESQUISA REALIZADA PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS, COM APOIO DA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO E DO ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME, APONTA O PARQUET COMO ÓRGÃO DE MAIOR VALOR PARA A DIMINUIÇÃO DA CORRUPÇÃO, COM NOTA DE 7.8, SEGUIDO DA POLÍCIA FEDERAL QUE OBTEVE GRADE 7.68, E DA CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO COM SCORE DE 7.51

Com relação à recomendação, dispõe a Lei Complementar nº 75/93, em seu art. 6º, XX, que "compete ao Ministério Público da União [...] expedir recomendações visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito aos interesses cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis".

Leciona com propriedade Hugo Nigro Mazzili[43] que as recomendações, embora de "valor apenas moral" e "sem caráter coercitivo", tendo como único escopo prevenir responsabilidades, carregam consigo "força política muito grande", em razão do prestígio do Ministério Público.

A finalidade da recomendação é apresentar o entendimento jurídico do órgão ministerial sobre determinada questão que faça parte de seu âmbito de atuação. Nesse sentido, aduz Mauro Grinber que "as recomendações funcionam então como uma espécie de notificação prévia, dando a oportunidade aos supostos infratores para que, se assim quiserem, alterarem suas condutadas, evitando assim os processos que poderão vir"[44].

No âmbito de proteção do patrimônio público, o promotor de justiça e doutor em Ciências Jurídico-Políticas, Raul de Mello Franco Júnior[45], afirma que "**o instrumento deve ser mais largamente utilizado, seja como forma singela de correção de ilegalidades, seja como medida preliminar demarcatória do elemento subjetivo, no exame de atos onde possam remanescer dúvidas acerca da má-fé do investigado. Em contrapartida, deve-se ter o cuidado para que não se incorra na banalização do seu uso**".

Em Goiás, a título de ilustração, a Recomendação

40 UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. Relatório de pesquisa: Projeto Corrupção, Democracia e Interesse Público.

41 Tese de Alexandre Rocha de Almeida e Gianpaolo Poggio Smanio sobre "Tutela Penal da moralidade e probidade administravas", em "Conclusões das teses aprovadas em plenário no I Congresso do Patrimônio Público e Social do Ministério Público do Estado de São Paulo". Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Congresso/Congresso_Pat_Publico/Conclusoes_teses.doc>. Acesso em: 02 nov. 2011.

42 JUSTIÇA FEDERAL. Novas Varas para a Justiça Federal de Goiás. Disponível em: <http://www.jfgo.jus.br/comum/noticias/detalha_noticia.php?nid=426>. Acesso em: 07 de abril de 2011.

43 MAZZILI, Hugo Nigro. Regime Jurídico do Ministério Público. Editora Saraiva, São Paulo, 2007, p. 503 apud GRINBER, Mauro. As recomendações do Ministério Público e o Direito Concorrencial, Suplemento Eletrônico da Revista do IBrac, Ano 2, nº 1, p. 4.

44 GRINBER, Mauro. As recomendações do Ministério Público e o Direito Concorrencial, Suplemento Eletrônico da Revista do IBrac, Ano 2, nº 1, p. 5.

45 Tese nº 11 - Conclusões das teses aprovadas em plenário no I Congresso do Patrimônio Público e Social do Ministério Público do Estado de São Paulo". Disponível em <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Congresso/Congresso_Pat_Publico/Conclusoes_teses.doc>. Acesso em: 03 nov. 2011. Sem grifo no original.

foi utilizada pelo MP estadual para combater o nepotismo. No caso, o Município de Hidrolândia foi notificado a exonerar todos os ocupantes de cargos comissionados ou funções gratificadas que fossem cônjuge, companheiro ou que detivessem relação de parentesco consanguíneo, em linha reta ou colateral, ou por afinidade, até o terceiro grau, com o Prefeito, a Vice-Prefeita, entre outros[46].

No Rio Grande do Sul, o instrumento foi usado para recomendar ao Legislativo municipal que reduzisse e limitasse o número de cursos, viagens e diárias, em especial o valor das que chegavam a R$ 500,00. Foi, ainda, recomendada a redução do número de cargos em comissão, os quais eram superiores a 50% do quadro de servidores concursados, permitindo que cada vereador pudesse dispor de um assessor, sem que fosse exigido qualquer requisito, sequer grau de escolaridade[47].

No que tange ao Termo de Ajustamento de Conduta, sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu por meio do artigo 211 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e do artigo 113 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que acrescentou o § 6º ao art. 5º da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública).

Diferente da Recomendação que não possui caráter coercivo, o TAC constitui título executivo extrajudicial; logo, pode ser executado em juízo e prevê multa no caso de inadimplemento das obrigações nele contidas.

No combate à corrupção, o TAC tem diversas finalidades.

O Ministério Público do Estado de Goiás, por exemplo, firmou acordo como o Município de Cachoeira Dourada, por meio do qual este se comprometeu a conferir maior transparência a seus balancetes e demais documentos contábeis, deixando-os disponíveis para consultas populares, nos termos da lei[48].

Em outro caso, o Município de Sanclerlândia firmou acordo com o Ministério Público se comprometendo, dentre outras coisas, a demitir dos cargos em comissão parentes até terceiro grau de membros do Poder Legislativo[49].

O Ministério Público do Estado de Rondônia, diante da constatação de doações ilegais, sem licitação, firmou termo de ajustamento de conduta com diversos envolvidos, no qual estes se comprometeram a pagar pelos imóveis doados o valor avaliado em perícia realizada pelo *parquet*[50].

Logo, os Termos de Ajustamento de Conduta constituem relevante instrumento, do qual se vale o Ministério Público brasileiro, mas que, por si só, não assegura o êxito de seus propósitos. É imperioso que a sua fiel execução seja fiscalizada e exigida pelo órgão, sob pena de os ajustes restarem parcial ou totalmente descumpridos.

ESTATÍSTICAS APONTAM QUE OS MEIOS DE REPRESSÃO À CORRUPÇÃO NÃO SÃO EFICIENTES À PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO, MORMENTE EM FACE DA LENIÊNCIA DO JUDICIÁRIO E DO EXCESSO DE RECURSOS DISPONÍVEIS QUE POSSIBILITAM, EM TESE, ATÉ QUATRO GRAUS DE JURISDIÇÃO.

3. CONCLUSÃO

Como demonstrado, estimativas revelam que, entre 2002 e 2008, o Brasil perdeu R$ 40 bilhões com a corrupção. As fiscalizações da Controladoria-Geral da União acusaram irregularidades graves em 70% dos municípios fiscalizados.

O enfrentamento de um problema dessa dimensão impõe ações permanentes envolvendo todas as esferas de governo, órgãos de controle, o Ministério Público e, naturalmente, a sociedade civil, cada qual desempenhando seu papel.

O enfrentamento da corrupção opera-se, essencialmente, por meio de três estratégias distintas

46 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/6/docs/recomendacao_nepotismo.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2011.

47 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Estância Velha: MP fiscaliza despesas, contratações e expede recomendações ao Legislativo. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/civel/noticias/id25839.html>. Acesso em: 03 nov. 2011.

48 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/6/docs/tac_-_remessa_dos_balancetes_a_camara_e_consulta_por_parte_dos_cidadaos.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2011.

49 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/6/docs/tac_-_nepotismo.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2011.

50 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA. Disponível em <http://www.mp.ro.gov.br/c/document_library/get_file?p_l_id=64884&folderId=66786&name=DLFE-55017.pdf> Acesso em: 03 nov. 2011.

que se complementam: **a)** a de promoção, que tem por finalidade estimular mudanças culturais, formar cidadãos e valorizar a ética e a moral; **b)** a de prevenção, que corresponde ao conjunto de ações que buscam impedir a consumação de atos ímprobos; **c)** e a de repressão, que visa punir os infratores e recuperar o prejuízo causado ao erário.

Estatísticas apontam que os meios de repressão à corrupção não são eficientes à proteção do patrimônio público, mormente em face da leniência do Judiciário e do excesso de recursos disponíveis que possibilitam, em tese, até quatro graus de jurisdição.

Por outro lado, os órgãos de controle, especialmente o Tribunal de Contas da União, têm obtido mais sucesso atuando preventivamente, o que demonstra a importância de fortalecer esse tipo de estratégia.

No combate preventivo à corrupção, os auditores estão entre os mais importantes aliados. Dados indicam que, quanto maior o número de auditores, menores os índices de corrupção, e o Brasil é um dos países menos auditados do mundo.

Assim, é necessário o fortalecimento de órgãos como a Controladoria-Geral da União, e a criação de controles internos nos municípios mais eficientes e bem estruturados.

Outro importante aliado é a advocacia pública dos municípios, na medida em que tem a função de verificar a regularidade dos atos praticados pela administração pública, em seu âmbito de atuação, antes que produzam efeitos nocivos.

Entretanto, na maior parte dos municípios brasileiros, os procuradores municipais não são concursados, mas escolhidos pelas autoridades municipais. Com efeito, não possuem a capacidade técnica ou a autonomia profissional necessária para o exercício das funções que lhes são inerentes: em vez de defenderem os interesses do município, defendem, na verdade, os interesses daqueles que os colocaram no cargo.

Dessa forma, impõe-se fortalecer a advocacia pública municipal, a partir da realização de concursos públicos para provimento dos respectivos cargos.

Por fim, não obstante a importância da atuação repressiva do Ministério Público, é preciso que os instrumentos extrajudiciais, tais como, a Recomendação e o Termo de Ajustamento de Conduta, sejam mais largamente utilizados, quer como forma de correção de ilegalidades, quer como medida preliminar demarcatória do elemento subjetivo, no exame de atos onde possam remanescer dúvidas acerca da má-fé do investigado. Tudo, por óbvio, com base em criteriosos ajustes e sua efetiva fiscalização.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *Pesquisa AMB 2006*.

BRAZIL. *Combate à corrupção*. Disponível em <https://i3gov.planejamento.gov.br/textos/livro6/6.7_Combate_a_corrupcao.pdf>. Acesso em: 30 out. 2011.

BRASIL. *Constituição*, 1988.

CARNEIRO, Mariana. Corrupção faz Brasil perder uma Bolívia. *Folha de S. Paulo*.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *CGU constata problemas em licitações em 110 de 120 municípios fiscalizados*. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/imprensa/Noticias/2010/noticia02310.asp>. Acesso em 02 nov. 2011.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *CGU define municípios a serem fiscalizados no 34º Sorteio*. Disponível em: http://www.cgu.gov.br/imprensa/Noticias/2011/noticia14511.asp. Acesso em 02 nov. 2011.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Revista da CGU*. Brasília: CGU, Ano III, nº 5, Dezembro/2008.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Princípios institucionais do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Revista do Instituto dos Advogados do Brasil, 1985, p. 11.

JUSTIÇA FEDERAL. *Novas Varas para a Justiça Federal de Goiás*. Disponível em: <http://www.jfgo.jus.br/comum/noticias/detalha_noticia.php?nid=426>. Acesso em: 07 de abril de 2011.

GOMES, Arodi de Lima Gomes. *O Combate à corrupção se faz com advocacia pública forte*. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/conteudo.jsp?page=6&conteudo=conteudo/d170970fdae84faf3bfd87b597a31540.html. Acesso em 02 nov. 2011.

GRINBER, Mauro. *As recomendações do Ministério Público e o Direito Concorrencial. Suplemento Eletrônico da Revista do IBRAC*, Ano 2, nº 1, p. 5.

KANITZ, Stephen. *A origem da corrupção*. VEJA, Jun/1999.

MAZZILI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. Editora Saraiva, São Paulo, 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. *Acordo com MP garante concurso para cargo de procurador jurídico em Goiânia*. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/1/noticia/9801a2a4d963e8253d1bc7d0a3888e93.html>. Acesso em 02 nov. 2011.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/6/docs/recomendacao_nepotismo.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2011.

Atitudes simples contribuem para grandes mudanças.

Conheça os produtos da linha Reciclo e invista nessa idéia.

Agendas • Caixas • Porta-Retratos • Envelopes • E muito mais...

Os objetos produzidos são ecológicamente corretos e socialmente justos, pois geram renda a partir da produção com matérias-primas renováveis.

Entre em contato conosco e saiba mais sobre a nossa linha de produtos Reciclo.
Telefones: (61) 3313-5110 / 3321-5414
Email: fundacao@fundacaopedrojorge.org.br