

# Coletânea



Nelson J. Silva Jr.

*Nelmon J. Silva Jr.*

# **Coletânea**

**Edição Própria**  
*Curitiba/Paraná/Brazil*  
**2013**

Obra editada digitalmente, de acordo com a *Lei n° 10.753/03*;

**Copyright** © 2012 – **SILVA JÚNIOR, Nelmon J.** A distribuição de versões substancialmente modificadas desta obra é proibida sem a permissão explícita do detentor dos direitos autorais, sujeito aos termos e condições estabelecidos na **Open Publication License**, v.1.0, de 08 de junho de 1999, licenciado por **Free Software Foundation Inc.**;

Este trabalho é igualmente licenciado por CCPL, **Creative Commons** - Attribution: Non Commercial-No Derivative -v3.0(**CC BY-NC-ND v.3.0**); e por sua representante nacional **Creative Commons BR** - Atribuição: Não Comercial-Não Derivada-v3.0(**CC BY-NC-ND v.3.0**) – **FGV-RJ**.

---

**SILVA JÚNIOR, Nelmon J. Coletânea.** Produção Científica Autônoma: Curitiba-PR-BR. 2012.

89 p.

ISBN \_\_\_\_\_

DOI \_\_\_\_\_

L. 10753/03

Copyright: OPL v.1.0 – FSF/GNU GPL/Key administrated by: CC BY-NC-ND, v.3.0

Ciências Sociais e Aplicadas/Direito/Público/Penal.

v. Digital-Gratuita-Não Derivada



---

*Impresso no Brasil - Printed in Brazil*

**Agradecimentos:**

Essa obra dedico exclusivamente às três mulheres da minha vida,  
Graziella Pia, Maria Eduarda, e Maria Paula,  
razões de minhas melhores inspirações.

## **PREFÁCIO À PRIMEIRA EDIÇÃO**

O saudável convívio faz-nos aprender coisas boas. Na maioria dos textos, percebo uma linguagem simples e objetiva, que traduz a forma ímpar de pensar de meu amado Esposo.

Espero que Deus continue a nos agraciar com saúde e lucidez, para que possa prefaciá-los tantos quantos livros sejam possíveis ele escrever.

***Graziella Pia de Miranda***

A MANIQUEÍSTA MEDIDA PROVISÓRIA N° 28

Dualidade de Recursos em matéria Penal

A DIFICULDADE DE ACUSAR, DEFENDER, PARA AO FIM  
JULGAR

A DIVINA IMPARCIALIDADE HUMANA

ATÉ QUANDO, CATILINA(S)?

DA ILEGAL COLHEITA DE PROVA PELO JUÍZO

DEUS É JUIZ DE DIREITO

DONDE VEM MINHA CONSCIÊNCIA

**NOVÍSSIMAS ALTERAÇÕES LEGAIS, VALIOSAS  
APENAS AOS DONOS DE JORNAIS**

OUTRO CAPRICHOS GLOBAL

QUER SENTAR-SE AQUI, DR. PROMOTOR?

UMA REFLEXÃO OBRIGATÓRIA PARA SILENCIAR  
OS SINOS

**BREVE ARGUMENTO SOBRE A (MAIS QUE)  
NECESSÁRIA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO  
DIREITO PENAL**



## **A MANIQUEÍSTA MEDIDA PROVISÓRIA N° 28**

**Nelmon J. Silva Jr.**

É com pesar que recepcionamos a teratológica Medida Provisória n° 28, de 04 de fevereiro de 2002, assinada pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, a pretexto de conter a violência e a criminalidade.

Analisemos melhor o dispositivo legal em questão. Em seu artigo primeiro são elencadas sanções disciplinares ao preso ou detento em estabelecimento prisional, pela prática de crimes dolosos, por entendidos como falta grave. Sanções estas por demais repressivas, sendo que em seu artigo segundo, impõe que a sanção seja aplicada pelo diretor do estabelecimento. Aqui começa o equívoco legislativo, pois afasta o Juiz da Execução Penal da apreciação da matéria, o que por óbvio é teratológico, inclusive por inconstitucional, ao afrontar o texto do art. 5°, XXXVII e LIII, da Carta Política de 5 de outubro de 1988.

Pior, em seu artigo terceiro, a famigerada Medida Provisória, delega competência funcional à autoridade administrativa para definir o estabelecimento prisional e transferência de presos e detentos. Aqui faço minhas as palavras do Excelentíssimo Senhor Doutor Desembargador, Marco Antônio Bandeira Scapini, do Egrégio Tribunal Gaúcho, em seu texto: "O que é isso Presidente": "Não é necessário ser profeta para prever que nada vai se alterar na vida em



sociedade, enquanto nos estabelecimentos penais restarão facilitadas e incrementadas a cultura da violência, as punições coletivas e sem causa, a venda de espaços privilegiados, do direito ao trabalho, de vagas em presídios menos ruins e do próprio direito à visita. Isso tudo sem qualquer possibilidade de controle pelo juiz, que, aliás, poderá ser escolhido de acordo com as conveniências da administração, já que o processo de execução acompanha a pessoa presa na hipótese de transferência, modificando-se a competência. Por outro lado, de políticas públicas de inclusão social, de diminuição das desigualdades, de legalização e humanização do cárcere não se fala. Para isso não existem medidas provisórias.”

Ainda, conseguiu a Medida Provisória, em seus artigos quinto e sexto, inovar, sugerindo que nos estabelecimentos prisionais existam detectores de metais (para proteger-se de marginais, como a exemplo do texto legal: advogados, promotores de justiça e magistrados) e computadores com acesso à internet e ao netmeeting (programa de transmissão em tempo real de dados de áudio e vídeo, ou também chamados de vídeo - conferência), para que presos e detentos possam ser interrogados sem a necessidade de saírem da unidade prisional, ferindo os elementares princípios do processo penal, como o princípio da identidade física do juiz.

Cristalino o despreparo do legislador ao legislar sobre matéria já preceituada em Lei; e pior, demonstrando um patente desrespeito aos direitos humanos, bem como completo desconhecimento

da realidade das penitenciárias deste País, características estas indesejadas em um sociólogo. Estas atitudes lembram-me algumas semelhantes àquelas cometidas nos Estados Unidos da América, onde admite-se, ainda, a pena capital judicialmente institucionalizada, ou àquelas ocorridas em meados dos anos sessenta neste País; e portanto resta-me apenas a reflexão sobre os ensinamentos deixados pelo festejado Sarte, ao falar sobre "A Questão Judaica": "O maniqueísmo encobre uma profunda atração pelo Mal".

## Dualidade de Recursos em matéria Penal

**Nelmon J. Silva Jr.**

Liminarmente deveremos afirmar que partiremos da premissa em que existem Teorias Gerais do Processo distintas ao Direito Civil e ao Direito Penal, visto que os objetos a serem tutelados pelo Estado são diversos, como doutrinam e defendem: Salo de Carvalho, Amilton Bueno de Carvalho, Afrânio Silva Jardim, dentre outros. Acreditamos, que em virtude dessa distinção os princípios que consagram ambos os ramos do direito são distintos, aparentemente semelhantes, mas etiologicamente distintos. Óbvio que existe uma forte corrente doutrinária que pensa em paralelo, antagônica, mas não vamos nos ater a esta discussão.

Ainda, antes de nos aprofundarmos no tema, devemos deixar claro que somos veementemente contra a festejada idéia da Súmula vinculante, pois entendemos um retrocesso nas conquistas judiciais. E mais, devemos afirmar que defendemos uma idéia

garantista, e de direito penal mínimo. Afirmamos isso, pois temos a certeza que acima de qualquer posição doutrinária que possamos defender somos nacionalistas convictos. Postas estas breves considerações preliminares, podemos passar à discussão temática.

Quanto à unicidade de recursos em matéria penal, devemos partir da premissa que deva ser aceito (mediante imposição legal), apenas dois recursos, distintos, um destinado às decisões de mérito e outro às decisões incidentais, também chamadas de decisões interlocutórias. Portanto entendemos que deveria existir o que chamamos de Dualidade de Recursos.

Não podemos aceitar, como faz o direito processual do trabalho, que questões incidentais ao processo fiquem sobrestadas a eventual ou possível manifestação de indignação através de Recurso de Apelação. Inaceitável, sob nossa óptica, vez que fere o consagrado princípio Constitucional da ampla defesa. Ora, se sobrestada qualquer discussão à Apelação, óbvio que correr-se-á o risco de prejuízo da defesa, portanto

aí está arrimado nosso posicionamento.

Mais, não raras são as vezes percebemos que mudanças substanciais na interpretação do direito ocorreram através de decisões de tribunais, quando ao suscitar questões incidentais no processo, exemplo clássico foi o “habeas corpus”, talvez o maior instrumento de garantia individual em matéria penal. Aceitar este teratológico retrocesso é destruir a tradição penal e processual penal brasileira; é em outra óptica, restringir a cidadania e fragmentar nossa democracia.

O legislador não deveria criar tipo fechado, ou seja, com previsões quanto a sua aplicabilidade e conhecimento, muito ao contrário, a fim de evitar-se maiores discussões nas Cortes Supremas, deveria criar tipos abertos, para que o Juiz possa conhecer ou não o Recurso.

Entenda-se que defendemos a idéia da dualidade dos recursos, quando para análise em

segunda instância, não podemos aceitar a simples e infundada extinção dos existentes Recursos Ordinário, Especial, e Extraordinário, no caso destes, estes em terceira instância.

Parece-nos aos nossos olhos que a idéia de restrição quanto ao número de recursos está intimamente ligada ao festejado princípio da celeridade processual, mas não podemos, aqui, esquecermos de invocar princípio Constitucional mais importante, qual seja, o princípio da ampla defesa.

Ora, se o Judiciário é moroso em seus “decisiuns”, o é em razão da qualidade e complexidade destes, não há como aceitarmos a célere apreciação de determinadas matérias, pois como bem doutrina o saudoso Francesco Carneluti, o processo nada mais é do que uma reconstrução histórica de determinado fato pretérito, e para tanto este deve ser a mais próxima da realidade, e, portanto, não raras as vezes o é também demorado.

É lamentável a depreciação que os próprios brasileiros fazem do Brasil. Parece-nos que uma onda de pessimismo varre o país de norte a sul. E que ranço, o que mais se ouve, se lê e se assiste são frases pessimistas. No entanto, os brasileiros mais esclarecidos sabem que temos muitas razões para falar bem do Brasil e bons motivos para enaltecer nossa bendita pátria.

Segundo dados fornecidos pela Antropos Building Consulting, o Brasil é o país que tem tido maior sucesso no combate à AIDS e de outras doenças sexualmente transmissíveis. No Projeto Genoma é o único país do hemisfério sul que está participando. Numa pesquisa envolvendo 50 cidades de diversos países, a cidade do Rio de Janeiro foi considerada a mais solidária.

As eleições foram outro exemplo, pois foi informatizado em todas as regiões do Brasil, com resultados em menos de 24 horas depois do início das

apurações. O modelo chamou a atenção das maiores potências mundiais, inclusive dos Estados Unidos, onde a apuração dos votos teve que ser refeita várias vezes, para ter-se o resultado e colocando em xeque a credibilidade do seu rudimentar sistema.

Mesmo sendo um país em desenvolvimento, os internautas brasileiros representam uma fatia de 40% do mercado na América Latina. Das crianças e adolescentes entre 7 e 14 anos, 97,3% estão estudando. O mercado de telefones celulares do Brasil é o segundo do mundo, com 650 mil novas habilitações a cada mês. Ainda, quanto à telefonia fixa, nosso país ocupa a quinta posição em número de linhas instaladas.

Das empresas brasileiras, 6.890 possuem certificado de qualidade ISO 9000, maior número entre os países em desenvolvimento. No México são apenas 300. O Brasil é o segundo maior mercado de jatos e helicópteros executivos.

Mas por que temos esse vício de só falar mal



do nosso Brasil? Por que não nos orgulhamos em dizer que temos o mais moderno sistema bancário do planeta? Um dos mais belos e garantidores sistema penal? Que nossas agências de publicidade ganham os melhores e maiores prêmios mundiais? Por que não dizemos que somos hoje a terceira maior democracia do mundo? Que apesar de todas as mazelas, o Congresso está punindo seus próprios membros, o que certamente não ocorre em países ditos desenvolvidos? Por que não nos lembramos que o povo brasileiro é um povo hospitaleiro, que se esforça para falar a língua dos turistas, gesticula e não mede esforços para atendê-los bem? Que ridiculariza a própria desgraça e que enfrenta os desgostos sambando? É, o Brasil é um país abençoado de fato.

Bendito país, que possui a magia de unir pessoas de todas as raças, bendito país que sabe entender todos os sotaques, bendito país que oferece todos os tipos de climas para contentar a todas as pessoas. Bendita seja, querida pátria chamada Brasil!

Daí perguntamos: o porque “importarmos”

doutrina e legislação penal alienígena, se somos atualmente modelo em matéria penal a inúmeros países, dentre eles a França, Bélgica, e outros? Dizemos mais, nossa tradição processual penal e penal data de pouco mais de um século, o que deve-nos ser motivo de orgulho. Portanto, por questão de princípio garantista e nacionalista defendemos o direito penal mínimo e acima de tudo garantivista aos acusados, diverso do que fazem alguns pensadores, que esquecem-se no arrimo de suas defesas de relembrar o passado histórico e formador de nossa tradição em matéria penal e processual penal, invejada e estudada por tantos países ditos desenvolvidos.

Afirmamos, por convicção histórica e doutrinária, que, se nossa doutrina penal é fonte de exemplo e estudo a outros países, o é pelas garantias de defesa aos acusados, somente por isso, não poderíamos aceitar qualquer alteração nesta, sob pena de retrocesso histórico, científico, cultural, político e humano, sob pena de dentro de exíguo lapso temporal estarmos transformando nossos respeitadas Tribunais

em possíveis tribunais de exceção, admitindo, quem sabe, a repudiosa pena de morte ou pena de prisão perpétua, o que por óbvio deve ser veementemente combatido por todos do Poder Judiciário: magistratura, “parquet”, advocacia privada, doutrinadores, pensadores e professores.

## A DIFICULDADE DE ACUSAR, DEFENDER, PARA AO FIM JULGAR

Nelmon J. Silva Jr.

Acusar, Defender, para ao fim Julgar, tem sido o maior sofisma no Judiciário, especialmente no processo penal. Permitam-me um parêntesis: uso o termo sofismo em seu usual sentido (mentira, inverdade, inconclusivo, etc), porém, filosoficamente falando o sentido é outro, senão vejamos: *“dado comum a todos os sofistas: são eles homens dotados de domínio da palavra, e que ensinam [...] a arte da retórica”*; *“As palavras tornaram-se o elemento primordial para a definição do justo e do injusto. A técnica argumentativa faculta ao orador, por mais difícil que seja sua causa jurídica, suplantar as barreiras dos preconceitos sobre o justo e o injusto e demonstrar aquilo que aos olhos vulgares não é imediatamente visível.”* (BITTAR, C.E.B.; ALMEIDA, G.A. Curso de Filosofia do Direito. 8. ed. rev. aum. São Paulo: Atlas, 2010).

Das citações *“retro”*, imediatamente lembramos as figuras do Advogado e Promotor de Justiça. Há mais a ser acrescentado, para os sofistas, a dualidade (Justo e

Injusto), advém das convenções humanas, formalizadas em Leis. Dessa assertiva, vem-nos à mente, o positivismo jurídico atual. Dito isso, sinto-me aliviado por reconhecer os Mestres Sofistas influenciaram nosso modelo Judiciário. Retornando ao cerne da discussão proposta, parto da seguinte indagação: o que é o ato (por vezes sustentado como quase divino) de Julgar?

Inúmeras são as respostas à pergunta. Ouso afirmar ser algo razoavelmente simples. Julgar, segundo conceituado em qualquer dicionário, é avaliar; formar juízo crítico; escolher. Portanto, está correto afirmar que o Magistrado tão somente escolhe. Mas escolhe o que? Avalia qual a melhor “tese” apresentada pelas Partes, respeitando preceitos legais.

No processo penal, a retórica formal, em sede de instrução, é mais perceptível, pois sempre será ofertada, pelo Representante do “Parquet”, uma tese acusatória, mediante oferecimento da Denúncia, e, em contraposição a esta, um contra-tese absolutória apresentada pela Defesa, normalmente em forma de Resposta à Acusação, pois existem exceções a serem lembradas, como exemplo as razões orais sustentadas em Plenário, nos crimes dolosos contra a vida, também possíveis nos crimes regulados pela Lei nº 9.099/95, dentre outras.

Prossigo, lembrando que reporto-me as ações penais exclusivamente, nelas o Ministério Público,

representando os interesses da sociedade (“Dominus litis”), ou, eventualmente, como fiscal da Lei (“custus legem”), tem o dever funcional ofertar Denúncia (genericamente falando), podendo, após concluída a instrução do feito, pugnar pelo reconhecimento da absolvição do acusado; o Advogado, ao seu turno, goza de ampla liberdade na aceitação representativa, porém ao aceitá-la sempre estará adstrito a um pleito absolutório, não lhe sendo possível apresentar tese diversa desta, vez que em afronto à Lei nº 8.906/94, bem como ao Código de Ética e Disciplina da OAB.

Introduzido o tema, passo à breve análise deste. Apenas para delimitar a extensão do tema, julgo oportuno citar: *“Acusador e defensor são, em última análise, dois raciocinadores: constroem e expõem razões. O ministério deles é raciocinar. Mas um raciocínio que permita respostas obrigatórias. [...] Desenvolve-se assim, sob os olhos do juiz, aquilo que os técnicos chamam o “contraditório”, e é, realmente, um duelo: o duelo serve para o juiz superar a dúvida; [...] Não se compreende que, quando o advogado fosse um raciocinador imparcial, não somente trairia o próprio dever, mas contrariaria a sua razão de ser no processo e o mecanismo deste sairia desequilibrado”*. (CARNELUTI, F.; *As misérias do processo penal*. Ed. Conan, 1997). Fica estabelecido que reporto-me à instrução processual, ou no “duelo” estabelecido ao Acusar e Defender, parcialmente justificando a escolha do título.

No processo penal, após a oferta da Denúncia,

sendo esta Respondida pela Defesa, resta estabelecida a instrução processual, Constitucionalmente assegurados o Contraditório e da Ampla Defesa, para, ao fim, Decidir. Questiono: Como pode a Defesa bem “duelar”, com os excessos cometidos pela Acusação? Exemplos elucidativos não me faltam. De início, salta-me aos olhos, a formação de nossas Casas de Justiça, onde (apesar do “Parquet” Constitucionalmente ser Órgão Autônomo e Independente), Promotores de Justiça estão instalados nos prédios públicos onde ocorrem nossos julgamentos, sempre com seus gabinetes ladeados aos gabinetes dos Magistrados. O exemplo citado torna-se ainda mais perverso quando observo, em qualquer fórum conhecido, vagas de estacionamento ou sanitários exclusivos ao Juiz de Direito, bem como outros ao Promotor de Justiça. Lastimavelmente, em relação aos Advogados, não verifico a devida recíproca.

Permito-me ir além, em sessão plenária nos crimes contra a vida, sempre há uma ampla Tribuna, sentado ao centro o Juiz de Direito, presidindo a sessão, e ao seu lado direito, o Promotor de Justiça, necessariamente acusando. À Defesa resta minorizada Tribuna, oposta àquela ocupada pelos Jurados, normalmente à esquerda do Magistrado. Desnecessários argumentos quanto à discriminação imposta à Defesa. Essa proximidade injustificavelmente estabelecida entre o Acusador e o Julgador é temerária (principalmente quanto à imparcialidade do Juízo), portanto, deveria ter-se por suspeito, o Acusador, o que jamais sequer ouvi falar.

*“O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”, segundo preceito posto pelo art. 133, de nossa Carta Maior. Ainda, “O advogado é indispensável à administração da justiça. No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social. No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público.”, ao império do art. 2º, § 1º e § 2º, da Lei nº 8.906/94. Assim assegura o seu art. 6º, e seu Parágrafo único: “Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos. As autoridades, os servidores públicos e os serventuários da justiça devem dispensar ao advogado, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho”. Dito isso, não vejo justificativa plausível para a divisão imposta à Defesa.*

Conscientemente extrapolo, citando outros exemplos, reservando-me o direito de não explorar vaidades pessoais de Magistrados e Promotores de Justiça. Não raras as vezes percebo a ausência (ainda que momentânea) do Representante do “Parquet” na(s) audiência(s) de instrução processual penal, porém ao fim desta (ou até mesmo após), pelo Juiz que a preside, é chamado para assinar a



respectiva Ata de audiência, como se dela tivesse participado. Cabe-nos, portanto, não permitir tais ilegalidades, rotineiramente cometidas em nossas Tribunais, requerendo seja consignado a ausência do Acusador em Ata. Outro exemplo, quando presencio, com certa frequência, funcionários de cartório entregarem pessoalmente em gabinete, Autos de Ação Penal; Certidões de Endereços e de Antecedentes Criminais; Laudos Periciais; e até cafezinhos ou guloseimas ao Promotor de Justiça daquela Vara, mesmo organicamente não vinculados. Por essas razões, além de várias outras que poderia aqui citar, declaro-me contrário à disposição espacial ocupada pelos Membros do “Parquet” junto à estrutura Judiciária, por, causar-me incerteza quanto à imparcialidade daquele Juiz.

Avanço conclusivamente, como anteriormente afirmado, finda a instrução processual, resta ao Magistrado da causa avaliar qual tese sustentada utilizará para fundamentar sua escolha. Via de regra, maiores dificuldades inexistem, vez que no processo penal, o ônus da prova recai sobre a Acusação, salvo quando a Defesa invocar atenuantes ou excludentes de ilicitude, por exemplo. Ao Julgador, por força do Princípio do Juiz Natural, garantido em nossa “Lex Fundamental”, resta tão somente verificar se Acusação e Defesa fizeram prova do que alegaram, para após prolatar seu “decisum”.

Sobre o Princípio do Juiz Natural, conceitua Luigi Ferrajoli, em sua obra *Derecho y razón - teoría del*

garantismo penal: *"La garantía del juez natural indica esta normalidad, del régimen de competencias, preconstituida por la ley al juicio, entendiendo por competencia la medida de la jurisdicción de cada juez es titular. Significa, precisamente, tres cosas distintas aunque relacionadas entre sí: la necesidad de que el juez sea preconstituido por la ley y no constituido post factum; la inderogabilidad y la indisponibilidad de las competencias; la prohibición de jueces extraordinarios y especiales"*. Conclui-se, portanto, este ser a essência da nossa jurisdição, vez que improtelável, improrrogável, assegurada a qualquer acusado, em sede de persecução penal.

Findo racionalizando como faziam os Sofistas, se o Juiz apenas verifica se as Partes fizeram prova das suas alegações ao curso da lide, para ao fim, relatá-las, fundamentando-se em preceitos legais, pergunto: Onde reside o sofisma (ironicamente mistificado), que envolve sua Judicatura? Na imparcialidade seria a única resposta crível. Obrigó-me a reperguntar: No processo penal é possível crer na imparcialidade do Juiz, face às narrativas acima trazidas? Sua consciência supre minha Resposta.

## A DIVINA IMPARCIALIDADE HUMANA

Nelmon J. Silva Jr.

É comum ouvirmos na Academia, e após em nossa saudável vivência profissional, inquietações quanto à imparcialidade dos Magistrados. Diariamente, enquanto operadores do Direito, somos forçosamente obrigados a questioná-la enquanto sustentáculo garantista de Justiça. Socorro-me dos ensinamentos transmitidos por Francesco Carneluti, *“o juiz, é um homem e, se é um homem, é também uma parte. Esta, de ser ao mesmo tempo parte e não parte, é a contradição, na qual o conceito de juiz se agita. O fato de ser o juiz um homem, e do dever ser mais que um homem, é seu drama.”*.

Exemplo discutível quanto à imparcialidade imposta aos Magistrados, está na aplicação do preceito posto pelo art. 104, do Digesto Processual Penal, vez que textualmente deposita em suas mãos a nevrálgica decisão acerca de eventual afastamento do Representante Ministerial, quando tido por suspeito. Liminarmente,

defendo a inconstitucionalidade deste artigo, arrimando-me nas lições deixadas por Norberto Avena, ao comentar o referido dispositivo legal: *“isso porque a Constituição Federal atribui autonomia ao Ministério Público. Destarte, não nos aparece razoável que fique o promotor de justiça à mercê de decisão do juiz, quanto mais seja esta irrecorrível.”*. Prossegue o autor: *“permitir que o magistrado decida o destino do promotor nos autos parece-nos indevida ingerência do poder judiciário sobre a instituição ministerial”*, concluindo ainda que: *“o afastamento do membro do Ministério Público, se ocorrer, deve partir de ato interno da instituição, determinado pelos órgãos colegiados que a compõem ou pelo Procurador-Geral de Justiça.”*

Na prática, ao exceptuar o Agente Ministerial, o Juiz do feito conhece os argumentos por ele sustentados, e após, inadmite a suspeição oposta, ou a admite. Na segunda hipótese (admissão desta exceção) o Juízo afasta o Representante do “Parquet” da lide penal, descabendo interposição de eventual recurso. Chama-nos a atenção essa proibição legal, vez que em patente afronto à Garantia Constitucional do Duplo Grau de Jurisdição; ao Sagrado Princípio Constitucional da Ampla Defesa; dentre outros.

Assim, racionalmente podemos interpretar: é possível ao Magistrado afastar de suas funções o Promotor de Justiça, desde que exceptuado. Apesar de

vigente, este preceito viola o Princípio do Promotor Natural, também recepcionado por nossa Carta Maior. Quanto ao Ministério Público, Eurico de Andrade Azevedo, ao comentar o Princípio da Autonomia Funcional, assim doutrina: *“Isto significa que os seus membros, no desempenho de seus deveres profissionais, não estão submetidos a nenhum órgão ou poder - nem ao Poder Executivo, nem ao Poder Judiciário, nem ao Poder Legislativo - submetendo-se apenas à sua consciência e aos limites imperativos da lei.”*. Aqui o raciocínio lógico alcança as raias da trivialidade. Claro que não pode o Juiz decidir se o Promotor “pode” ou não acusar. Catastroficamente, eventual argumento em contrário, por via obliqua, concluir-se-ia que o Juiz colocar-se-ia na condição de acusador indireto (não propõe a acusação, mas nela interfere). Desnecessário tecermos maiores argumentos relativos à imparcialidade deste Magistrado.

Pior é a análise do caso inverso, ou seja, quando o Juízo inadmite a suspeita contra Membro do Ministério Público. Aqui a vedação recursal está igualmente em afronto ao Texto Maior. Na prática, suponho ser mais confortável a qualquer Magistrado, numa situação destas (falo em sentido amplo) indeferir eventual suspeita tida contra o Promotor de Justiça, até por ser o Magistrado conhecedor dos argumentos acima sustentados, além de seu convívio diário com Suspeito. Ora, nesse momento, como pode a Defesa sentir-se

segura (por crer na imparcialidade do Magistrado) ao opor Exceção de Suspeição contra o Promotor de Justiça? Hipoteticamente, em sendo esta indeferida pelo Juiz? Inconteste que, dessa feita, também restaria abalada sua imparcialidade, vez que induz-nos a crer na existência da figura do acusador indireto, temerariamente personificado no Magistrado que decidirá a causa. Prossigo, em sendo impetrado Remédio Heróico pela Defesa, requerendo o reconhecimento de nulidade processual por agressão ao Princípio Constitucional Garantidor de Ampla Defesa, sustento somente caber ao Julgador Colegiado (desde que imparcial) declarar suspeito o Juiz da causa, com conseqüente reconhecimento da nulidade processual ora sustentada.

Demonstrado, portanto, que exceptuando-se Membro do Ministério Público, o Juiz, ao aplicar o preceito estampado pelo art. 104, CPP (independentemente de sua decisão e/ou convicção) estará fatalmente sendo parcial. Igualmente demonstrada a inconstitucionalidade desse preceito infraconstitucional. Para tanto, socorro-me novamente à lição deixada por Francesco Carneluti: *“A justiça humana não pode ser senão uma justiça parcial; a sua humanidade não pode senão resolver-se na sua parcialidade. Tudo aquilo que se pode fazer é buscar diminuir esta parcialidade.”*

Por derradeiro, acredito que feliz é a Nação que possui pensadores, portanto relembro as preciosas lições deixadas por Roberto Lyra, ao comentar nosso Estatuto Repressor: *“O Direito não é compartimento estanque, lago de águas paralisadas. É condição da existência da sociedade. As leis não são instrumentos de opressão de injustiças”* ; e igualmente àquelas deixadas pelo Paraninfo Rui Barbosa, ao concluir O Justo e a Justiça Política: *“não há salvação para o juiz covarde”*. Crédulo nessas irretocáveis lições, sustento que ao receber suspeições contra Agentes Ministeriais, deve o Juiz da causa decidí-las buscando a Justiça, se necessário, em detrimento de seu conforto, para a preservação do dogma místico que gira em torno de sua humana imparcialidade, na qual fundamenta-se a credibilidade/sustentabilidade do Judiciário.

**Dez/2010**

## ATÉ QUANDO, CATILINA(S)?

Nelmon J. Silva Jr.

Ao assistir o gracioso vídeo postado na internet, onde atribuem à Adolph Hitler a Proposta de Emenda Constitucional nº 37<sup>1</sup>, imediatamente recordei-me do conceito de direito penal do inimigo, *“introduzido por Günther Jakobs em um congresso ocorrido em Frankfurt no ano de 1985, no contexto de uma reflexão sobre a tendência na Alemanha sobre a “criminalização anterior a uma lesão” do bem jurídico. Nesta exposição, Jakobs manifesta a necessidade de separar em casos excepcionais o direito penal do inimigo do direito penal dos cidadãos com o fim de conservar o Estado liberal; tese esta que naquele momento não teve maiores repercussões.<sup>2</sup>”*, só recepcionada em 1999.

---

1

<http://www.youtube.com/watch?v=ue3Bv4VolL4>

<sup>2</sup> <http://br.vlex.com/vid/inimigo-quimera-dogmatica-orientado-225704077> ou <http://www.panoptica.org/2novfev08v2.htm>



Para melhor ilustrar a apresentação do assunto que pretendo discorrer, cito preciosa lição de Cândido Furtado Maia Neto<sup>3</sup>: *“No passado os inimigos do sistema penal eram internos e externos, ex. os hereges, de acordo com os Tribunais do Santo Ofício (inquisição – séc. xvi, xvii, xviii e início do séc. xix) e os terroristas conforme a doutrina de segurança nacional implantada após o término da 2ª Grande Guerra, onde os Estados Unidos da América pretendia internacionalizar os propósitos de reforçar a defesa de seu território e do hemisfério, fundou-se através de múltiplos convênios militares, a National War College e a CIA, com atribuições de assessoramento aos países do continente latino-americano, sendo no Brasil criado o SNI e a Escola Superior de Guerra. [...] Na atualidade os inimigos do sistema penal, por intermédio da “neocriminalização” também são internos e externos, nos moldes da doutrina da segurança pública ou cidadã, ante a globalização do direito penal, ex. crimes hediondos, tráfico internacional de entorpecentes e crimes contra o meio ambiente; tudo imposto pelo Poder Central, às agências legislativas, executivas (órgãos de segurança pública, polícia, sistema penitenciário) e judiciais (ministério público e magistratura) aos países periféricos, na expressão de Zaffaroni. [...] Trata-se de*

---

<sup>3</sup> <http://www.direitoshumanos.pro.br/index.php>

*“guerras santas”, “neocruzadas” para justificar o sistema penal como funcional, sistêmico e eficiente, reprimindo cada vez mais, exemplo do denominado “direito penal do inimigo” [...] aumentando assim a violência criminal legal e oficial, ante as carências de políticas sociais anti-delitivas.”.*

Para Hobsbawn, o Brasil é *“um monumento à negligência social”*; no passo que Konder Comparato, denuncia a *“morte espiritual da Constituição”*. Partindo da premissa que há um Guardião do Estado Democrático Social de Direito, a saber o Ministério Público, *“Forço-me citar novamente Lenio Streck, ao cirurgicamente doutrinar: “assombra-nos o seguinte paradoxo: uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só)nega a aplicação de tais direitos; [...] ou seja, no plano das práticas do Direito, continuamos a olhar o novo (Estado Democrático de Direito, constituição dirigente, direitos sociais, etc) com os olhos do velho (modelo de direito liberal-individualista-normativista)”* <sup>4</sup>.

Mas o que tem feito Nosso Fiscal Legal? <Faço minhas as palavras de Adriano Antunes Damasceno: *“No Brasil há práticas e ritos do cenário*

---

<sup>4</sup> <http://ensaiosjuridicos.wordpress.com/2013/04/11/uma-reflexao-obrigatoria-para-silenciar-os-sinos-nelmon-j-silva-jr/>

*jurídico que adquirem o manto de sagrado e seguem avessos a críticas ao longo do tempo. Sua força é tamanha que quando menos se espera o sagrado assume forma legal. A partir daí, o grau de questionamento sobre os mesmos se torna ainda mais restrito. É exatamente isso o que vem acontecendo com a posição cênica ocupada pelas partes nas salas de audiência e sessões dos tribunais brasileiros, ao menos quando se trata do exercício da pretensão acusatória estatal.”<sup>5</sup> [...] Forçosamente, lembro-me dos ensinamentos de Geraldo Prado (saudoso Mestre com o qual especializei-me): Nada obstante, é preciso questionar, colocar sob dúvida o estado de normalidade que parece imperar, perquirir a razão de ser das coisas para, se necessário, transformá-las.”<sup>6</sup> Diferentemente não poderia ocorrer ao citar a lição de Lenio Luiz Streck (igualmente saudoso Mestre de outrora): “Antes de tudo, quero fazer minhas as palavras do magistrado André Luiz Nicolitt, nos autos do Processo nº 2003.005.000056-7, ao negar validade aos dispositivos legais que estabelecem a prerrogativa de os membros do Ministério Público ocuparem assento do lado direito dos juízes e tribunais: “Antes de analisar a questão, não custa destacar que o posicionamento ora adotado não se traduz em uma investida contra a Instituição, tampouco contra o ocupante do cargo de Promotor de Justiça. Tanto a*

<sup>5</sup> [http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/13130/ADRIANO\\_ANTUNES\\_DAMASCENO.pdf](http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/13130/ADRIANO_ANTUNES_DAMASCENO.pdf)

<sup>6</sup> PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Ed. Lumen Juris, 2006.

*Instituição quanto seu presentante nesta Comarca são dignos do mais auto apreço e admiração deste magistrado, a instituição pela relevância constitucional, e o promotor por ser, sem dúvida, um dos mais valiosos profissionais do Direito com quem este magistrado já trabalhou". Na mesma linha, vão as presentes reflexões. Com o mesmo intuito. Por amor ao debate e um convite ao diálogo."*<sup>7</sup> [...] *Ora, se o Ministério Público é órgão autônomo e independente (até por respeito à sua independência, por vezes satirizada ironicamente como Quarto Poder ), não deveria parrear prédios públicos com os Magistrados que lá estão para a devida prestação da tutela jurisdicional estatal. Parece-me, ao menos imoral, (para não dizer leviano), que Promotores de Justiça, diariamente sirvam-se da estrutura dos cartórios judiciários, bem como de seus funcionários, apesar de desvinculados organicamente deste. Óbvio que aos membros do Ministério Público deve dar-se o mesmo tratamento que é dado à Defesa, inclusive para preservar-se o dogma mistificadamente imposto quanto à imparcialidade do Juiz, imparcialidade esta, Pedra Fundamental do Judiciário, portanto deve(ria) restar inabalável.>*<sup>8</sup>.

Dito isso, posso interpretar esse momento histórico, onde através da Proposta de Emenda

<sup>7</sup> <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/8.pdf>

<sup>8</sup> <http://ensaiosjuridicos.wordpress.com/2013/03/28/quer-sentar-se-aqui-dr-promotor-nelmon-j-silva-jr-2/>

Constitucional nº 37, vimos reacender a discussão quanto a legitimidade do Ministério Público para conduzir diretamente investigações criminais, mediante procedimento administrativo próprio. Soa-me inconstitucional tal pretensão Ministerial, porém, para eu não correr o risco de eventual leviandade para com o relevante tema, cito Roberto Luiz Barroso, em seu Parecer, referente à sessão realizada em 18 de fevereiro de 2004, no CDDPH, sendo aprovado por unanimidade o parecer, solicitado pelo Ministro Nilmário Miranda, Secretário Especial dos Direitos Humanos e Presidente do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana<sup>9</sup>: *“Restaram assentadas, portanto, duas premissas: o sistema constitucional reservou à Polícia o papel central na investigação penal, mas não vedou o exercício eventual de tal atribuição pelo Ministério Público. A atuação do Parquet nesse particular, portanto, poderá existir, mas deverá ter caráter excepcional. Vale dizer: impõe-se a identificação de circunstâncias particulares que legitimem o exercício dessa competência atípica. Bem como a definição da maneira adequada de exercê-la. Sobre esse ponto, cabe ainda uma última consideração. A legislação federal infraconstitucional atualmente em vigor não atribuiu de forma clara ou específica ao Ministério Público a*

<sup>9</sup> <http://www.prpe.mpf.gov.br/internet/Legislacao/Ministerio-Publico/Leis/CONSTITUICAO-FEDERAL-DE-1988-Perfil-do-Ministerio-Publico>

*competência de proceder a investigações criminais. Tampouco existe qualquer disciplina acerca das hipóteses em que essa competência pode ser exercida, de como o Ministério Público deve desempenhá-la ou de formas de controle a que deva estar submetida. Não é desimportante lembrar que a Polícia sujeita-se ao controle do Ministério Público. Mas se o Ministério Público desempenhar, de maneira ampla e difusa, o papel da Polícia, quem irá fiscalizá-lo? O risco potencial que a concentração de poderes representa para a imparcialidade necessária às atividades típicas do Parquet não apenas fundamenta a excepcionalidade que deve caracterizar o exercício da competência investigatória, mas exige igualmente uma normatização limitadora. [...] É como me parece. Do Rio de Janeiro para Brasília, 22 de janeiro de 2004."*

Resta por demais óbvio que as campanhas defensivas da tese sustentadas pelo *Parquet*, junto à mídia, são minimamente contrárias aos preceitos postos pela norma Constitucional (gizo, à qual devem Respeito e Guarda). Prossigo, os vício não param por aqui, em consulta realizada junto aos sítios virtuais do *Parquet*, em suas instâncias (estadual e federal), não percebi quaisquer prestações de contas Destes à sociedade, quanto aos gastos suportados nessa epopeia vida - o que me

causou imediata indignação (leia-se repulsa) - razão pela qual (formalmente) questionei-as junto ao Excelentíssimo Senhor Doutor Procurador-Geral da República, bem como ao Excelentíssimo Senhor Doutor Procurador-Geral de Justiça, do meu honrado Estado do Paraná.

Noutra consulta realizada junto ao sítio virtual do Ministério Público Federal<sup>10</sup>, detectei o pagamento (mês outubro de 2011) de R\$ 586,84, mediante documento nº 2011OB800373, sendo beneficiária a empresa Rei das chaves e fechaduras LTDA; ou ainda, R\$ 2.039,02, mediante documento nº 2011OB800402, sendo beneficiária a empresa Mil Drogas Comercial Farmacêutica LTDA EPP. Concluo pois, que os encargos profissionais suportados por nossos Fiscais Legais dão-lhes muita dor de cabeça, ao ponto de perderem as chaves de seus modestos gabinetes.

Esses fatos assemelham-se àqueles ocorridos em Roma Antiga (63 a.C.), onde Marco Túlio Cícero - talvez o mais notável tribuno daqueles tempos - redigiu discursos para denunciar desmandos praticados por Lúcio Catilina, mundialmente conhecidos por “As Catilinárias”.

---

<sup>10</sup> <http://www.transparencia.mpf.gov.br/orcamento-e-financas/pagamentos/relatorio>

Tomo a liberdade de - conclusivamente - reproduzi-las, em homenagem às enxaquecas tidas por nossos *Custus Legis*: “Até quando, Catilina, abusarás da nossa paciência? Por quanto tempo ainda há de zombar de nós essa tua loucura? [...] Os olhos e os ouvidos de muita gente, sem disso te aperceberes, te hão de espiar e trazer vigiado como até hoje o têm feito”.



## DA ILEGAL COLHEITA DE PROVA PELO JUÍZO

Nelmon J. Silva Jr.

Parece-me crível que aos integrantes do Poder Judiciário é vedada a delegação de seus poderes, inclusive por afronta aos elementares princípios de direito administrativo, e especialmente por agressão aos princípios constitucionais. Posto isso, passamos à discussão do preceito posto pelo art. 156, segunda parte, do Código de Processo Penal, que versa sobre a possibilidade do Magistrado produzir provas, o que ao meu ver é indiscutivelmente impossível, senão vejamos.

A Carta Política datada de 05 de outubro de 1988, em seu art. 129, I, estabelece privativamente ao Ministério Público a promoção da ação penal pública. Ora, sendo o "Parquet lítis domínii", não pode o Magistrado participar da colheita da prova, inclusive ao império do preceito posto pelo art. 252, II, do Código

de Processo Penal, sob pena de nulo o ato, por suspeito.

Claro que se determinado magistrado participa da colheita da prova, deixa de ser supra-parte, assumindo postura de parte no processo, o que por óbvio espancaria toda a estrutura do processo penal, gerando a uma das partes (por óbvio à defesa) o indesejado desequilíbrio no processo. Em patente afronto ao sagrado Princípio da Igualdade/Paridade de Armas.

Desde a promulgação da Carta Política de 1988, inúmeras garantias fundamentais acabaram por tacitamente revogar preceitos legais, à exemplo do questionado art. 156, segunda parte. Assim também entendeu o e. Superior Tribunal de Justiça, desde há muito, como no exemplo do julgamento do RHC 4.769 - PR - 6ª Turma (j. 07.11.95 - RT 733/530), rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, malgrado, naquela ocasião, o e. Supremo Tribunal Federal não tenha se sensibilizado totalmente com a tese (HABEAS CORPUS n. 68.784, 1ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, DJU 26.3.93, p. 5.003).

Brilhante é a doutrina de Adauto Suannes<sup>11</sup>:

---

11

. Os Fundamentos Éticos do devido Processo Penal - Revista dos Tribunais, 1999, p. 139.

"Bem vistas as coisas, quem tem necessidade do processo, porque tem um interesse pessoal ameaçado (o interesse de continuar a desfrutar da liberdade) é o suspeito. Ele é que necessita de recorrer ao Estado-juiz para que essa ameaça a seu interesse, que ele reputa legítimo, não se concretize. É o Estado-administração que está questionando e pondo em perigo esta pretensão à liberdade. Logo, há que se encarar o processo como actum trium personam, porém sob a ótica de quem dele precisa, que é o titular do direito público à liberdade."

Portanto, nesta ulterior análise, faço minha as palavras de Amílton Bueno de Carvalho<sup>12</sup>: "O legislador através do comando da lei preceitua genericamente. É-lhe, pois, impossível prever a totalidade dos casos em particular. A lei, por melhor que seja, como comando geral, pode na casuística levar à injustiça flagrante. Ora, ao Judiciário é dada a obrigação de, no caso particular, corrigir a situação não prevista, ou mal prevista, caso contrário, não teria sentido sua existência. Se a função do juiz é buscar a vontade do legislador, qual a razão de ser do Judiciário? Simples seria deixar ao próprio legislador a tarefa da aplicação, que o faria administrativamente. O intermediário Judiciário seria mera formalidade, a não ser que sua existência tivesse por fim a hipótese

---

<sup>12</sup> A Lei. O Juiz. O Justo.

*levantada por Dallari: esconder o legislador, o verdadeiro interessado, cabendo ao Judiciário fazer 'um papel tivesse por fim a hipótese levantada por Dallari: esconder o legislador, o verdadeiro interessado, cabendo ao Judiciário fazer 'um papel sujo, pois é quem garante a efetivação da injustiça.'*

## DEUS É JUIZ DE DIREITO

Nelmon J. Silva Jr.

*“O Direito não é compartimento estanque, lago de águas paralisadas. É condição da existência da sociedade. As leis não são instrumentos de opressão de injustiças.”<sup>13</sup>*

Lastimavelmente, nunca foi tão necessária a invocação deste pensamento.

À exemplo do art. 265, do Digesto Processual Penal, que versa: *“Art. 265. O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente o juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis. (Redação dada pela Lei n° 11.719/08).”*

Parece-me que o legislador, confusamente redigiu referido texto legal, pois salvo melhor juízo, citado dispositivo legal visa punir abandono injusto do processo, causando retardo dos atos judiciais. Vejamos o citado dispositivo anteriormente às mudanças trazidas pela teratológica Lei n° 11.719/08:

---

<sup>13</sup>. LYRA, Roberto, Comentários ao Código Penal, vol. II, pág. 207 - Ed. Forense - 1998).

*“Art. 265. O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente o juiz, sob pena de multa de cem a quinhentos mil-réis.”*

Aqui abre-se a discussão sobre a matéria. Inconteste a violação ao preceito estampado pelo art. 133, da Carta Maior, além daqueles postos pelos preceitos do art. 5º, XXXVIII, LIII, LIV, LV, LVI e LVII, do mesmo Diploma Legal. Percebam que um único preceito legal, agride inúmeras Garantias Constitucionais, como acima demonstrado.

Tanto é crível a tese que ora sustento que, em 22.03.2010, a Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou junto ao STF uma ação direta de inconstitucionalidade (4398) contra a alteração no artigo 265 do Digesto Processual Penal, promovida pela Lei nº 11.719/08. Pasmob observo a evolução com que tramita citada ADI, naquele egrégio Tribunal, senão vejamos: em 19.04.2010, através da petição nº 22595/2010, assinada pelo Advogado-Geral da União, graciosamente manifestou-se pela improcedência da ação; ainda, em 29.09.2010, através de outra igualmente graciosa petição (54248/2010), a Procuradoria-Geral da República, apresentou parecer em idêntico sentido; sendo que desde àquele dia o processo encontra-se conclusivo ao Ministro Relator, o Senhor Dias Toffoli, sem nada decidir.<sup>14</sup>

Óbvio que somente a Ordem dos Advogados do

---

<sup>14</sup>. <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3856394>

Brasil pode aplicar sanções aos Advogados. Igualmente óbvia a desproporcionalidade quanto à multa estipulada no guerreado artigo de lei, por simples argumento matemático, afinal cem salários mínimos, correspondem a irrisória quantia de R\$ 67.800,00 (sessenta e sete mil e oitocentos reais), valores estes incompatíveis com a realidade dos que militam na área penal, ou com a tabela de honorários advocatícios.

Outro exemplo questionável, é a aplicação do preceito posto pelo art. 104, da mesma Lei (CPP), vez que textualmente deposita nas mãos do Magistrado a nevrálgica decisão acerca de eventual afastamento do Representante Ministerial, quando tido por suspeito. Igualmente inconstitucional citado artigo de lei, segundo as lições de Norberto Avena, ao comentá-lo: *“isso porque a Constituição Federal atribui autonomia ao Ministério Público. Destarte, não nos parece razoável que fique o promotor de justiça à mercê de decisão do juiz, quanto mais seja esta irrecorrível.”*. Prossegue o autor: *“permitir que o magistrado decida o destino do promotor nos autos parece-nos indevida ingerência do poder judiciário sobre a instituição ministerial”*, concluindo ainda que: *“o afastamento do membro do Ministério Público, se ocorrer, deve partir de ato interno da instituição, determinado pelos órgãos colegiados que a compõem ou pelo Procurador-Geral de Justiça.”*

Todos devemos nos mobilizar frente a estas teratologias legislativas, “ab initio” os Magistrados,

que deveriam, frente ao seu notável saber jurídico, de plano afastarem a aplicação destes preceitos legais, por inconstitucionais. Entendo que nós, Bacharéis em Direito, somos os únicos aptos a formarmos o Poder Judiciário, portanto, esperar-se-ia maior eficiência e responsabilidade Deste, na análise de questões relevantes como estas aqui suscitadas.

Inaceitável que Magistrados, por força de lei, agora possam julgar e aplicar sanções contra Advogados e Promotores de Justiça, de forma sumária (sem o crivo do Contraditório e da Ampla Defesa), como se na Idade Média vivêssemos. Gizo que permitirmos a *“indevida ingerência do poder judiciário sobe a instituição do Ministério Público”* bem como na Ordem dos Advogados do Brasil é darmos sopro de vida ao irônico deboche de que Deus é Juiz de Direito.



## DONDE VEM MINHA CONSCIÊNCIA

Nelmon J. Silva Jr.

*“Ariscar-se no sentido mais amplo é precisamente tomar consciência de si próprio”. (Soren Kierkegaard - Filósofo e teólogo dinamarquês).*

*“O homem superior é impassível por natureza: pouco se lhe dá que o elogiem ou censurem - ele não ouve senão a voz da própria consciência.” (Napoleão Bonaparte - Imperador francês).*

Três são os maiores arquétipos que compõem meu gabinete de trabalho: a) uma máquina de escrever Remington do final do século retrasado, máquina esta herdada por meu bisavô paterno, dono de estação de rádio; b) um quadro com uma página original de sentença penal condenatória, datada de 15 de março de 1771, assinada pelo Magistrado Manoel Alves Ferraz, generosamente ganho do Oficial Maior duma Vara Cível onde

estagiei; c) um quadro contendo uma Certidão de Exame do Ateneu Paulista, datada de 20 de janeiro de 1932; uma carta de meu avô ao meu bisavô, datada de 22 outubro do mesmo ano, discutindo detalhes de sua formatura; e o recibo nº 6151, emitido pela Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo, em 21 de setembro de 1935, referente ao terceiro ano daquela Faculdade cursada por meu avô.

Às vésperas do feriado de Páscoa, costume sentir-me saudosista, razão pela qual assim hoje lembro-me de vovô, aquela figura Barbosiana (para que entendam o neologismo, meu avô era baixo, magro, calvo, completamente grisalho e usava óculos de época - para mim o próprio Águia de Haia). Ainda mais marcantes que a figura de meu avô, foram os ensinamentos por ele deixados, os quais formam minhas convicções.

Lembro-me como se fosse hoje, vovô de pernas cruzadas, sentado em sua cadeira de balanço, lendo seu jornal, ao avistar-me, dobra

o seu jornal e sem qualquer rodeio (digo isso pois tinha quatro ou cinco anos de idade) pergunta-me: Então meu neto, já sabes que carreira irás seguir? Antes de minha resposta ele completa: Caso diga-me que serás um Advogado, tenho alguns parêntesis a acrescentar-lhe... e daí começou o discurso que aqui tentarei, resumidamente, compartilhar, justificando a razão deste artigo.

Vovô contou-me a dificuldade de formar-se um Bacharel em Direito naquela época, e portanto da responsabilidade em sê-lo, vez que a Faculdade de Direito estaria por formar mais um membro do Poder Judiciário; falava-me do glamour desta tão digna profissão, e do respeito que se deveria ter para com as instituições dela advindas; relatava-me o respeito que se tinha aos acadêmicos das Faculdades de Direito naquela época; e aqui deixou-me a maior lição profissional tida, quando, em tom doutrinador, disse-me que o Advogado é responsável por mudanças sociais, pois ele é quem sustenta, via de regra, a contra-tese de ideias e interesses, e através desta (contra-tese), quando

recepcionada, advém as mudanças político-socias, citando-me exemplos políticos da época, os quais confesso não lembrar, face minha tenra idade.

Entristeço-me ao ver colegas que traem suas consciências ao reverenciarem-se, sem nenhuma justo motivo, a Magistrados e Promotores de Justiça, colocando-se numa posição inferior, institucionalmente reprovável, vez que nossa Lei adjetiva assim preceitua<sup>15</sup>: *“Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos. As autoridades, os servidores públicos e os serventuários da justiça devem dispensar ao advogado, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho”*.

Imagino se homens como meu avô e seus antecessores, como o maior, Rui Barbosa, todos conhecidos por seu notável saber jurídico aliado à sua coerente razão funcional, reverenciariam-se como infelizmente o fazem alguns de nós. A

<sup>15</sup>. Lei nº 8.906/94, art. 6º, Parágrafo único.

estes “profissionais miseráveis”, faço minhas as palavras do festejado Desembargador Amilton Bueno de Carvalho *apud* Daniele Felix Teixeira, ao introduzir seu artigo, O (im)possível julgar penal: “(…) *o advogado que instrui o processo e se omite de toda e qualquer produção de prova, ou seja, a pessoa resta condenada em razão de uma má defesa, é tão ou mais responsável que o juiz prolator da sentença*” .

**NOVÍSSIMAS ALTERAÇÕES LEGAIS, VALIOSAS  
APENAS AOS DONOS DE JORNAIS**

**Nelmon J. Silva Jr.**

Recente, revendo meus arquivos antigos, encontrei um salvo em 18.02.2002, tendo entitulado-o: Colheita de Prova pelo Juízo. Tratava-se de um artigo onde questionava a aplicabilidade da regra insculpida pelo art. 156, segunda parte, do Código de Processo Penal, em face à atual Carta Política de 1988, portanto há quase uma década. Nele afirmei que, por força do art. 129, I, da CF, competia privativamente ao Ministério Público a promoção da Ação Penal Pública, concluindo, fundamentadamente, a impossibilidade legal, do Magistrado participar da colheita da prova, sob pena de nulidade do feito, por suspeito o Juízo, como determinava a norma preconizada pelo art. 101, primeira parte, do Código de Processo Penal. Gizo que permanecem inalterados, portanto válidos, aqueles preceitos outrora

por mim invocados, quando, por graça, atrevi-me escrever.

Lastimavelmente, a Lei nº 11.690, de nove de junho de 2008, alterou dispositivos do Código de Processo Penal, relativos à prova, inclusive quanto ao citado artigo, tornando-o ainda mais ilegal. Naquele artigo argumentei: *“Desde a promulgação da Carta Política de 1988, inúmeras Garantias Fundamentais nela trazidas, acabaram por tacitamente revogar preceitos legais, inclusive em matéria processual penal, à exemplo do questionado art. 156, segunda parte, do Estatuto Repressor, vez que revogado pela norma preceituada pelo art. 5º, LIII, Constitucional, segundo entendeu o e. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RHC 4.769 – PR – 6ª Turma (j. 07.11.95 – RT 733/530), rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, malgrado o e. Supremo Tribunal Federal não tenha se sensibilizado totalmente com a tese (HABEAS CORPUS n. 68.784, 1ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, DJU 26.3.93, p. 5.003). [...] Necessária é doutrina de Adauto Suannes: “Bem vistas as coisas, quem tem necessidade do processo, porque tem um interesse pessoal ameaçado (o interesse de continuar a desfrutar da liberdade) é o suspeito. Ele é que necessita de recorrer ao Estado-juiz para que essa ameaça a seu interesse, que ele reputa legítimo, não se concretize. É o Estado-administração que está questionando e pondo em perigo esta pretensão à liberdade. Logo, há que se encarar o processo como <actum trium personam>,”*

*porém, sob a ótica de quem dele precisa, que é o titular do direito público à liberdade.”( <in> Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal, Revista dos Tribunais, 1999, p. 139)”, e daí prossegui meu raciocínio.*

O breve episódio aqui compartilhado, fez-me constatar duas verdades (aparentemente) absolutas. Uma: que as recentes alterações legais, especialmente no processo penal e direito penal pátrio, via de regra, tem sido catastróficas, além de omissas quando realmente necessárias, a exemplo da inovação trazida, e aqui brevemente comentada; Duas: a Garantia Constitucional à Liberdade de Expressão, duramente conquistada por nossos antecessores Criminalistas, de pouco tem-nos valhido, vez que situações como a que ora narro, reiteradamente são trazidas à público. Desabafo, vez que citadas verdades me entristecem profundamente, quer enquanto operador do Direito; quer enquanto cidadão brasileiro.

Lembro-me, graciosamente, da minha empolgação ao afirmar a qualquer que me ouça, que ao ser aceito numa Faculdade de Direito, implicitamente, opta-se por assumir maior responsabilidade frente aos demais acadêmicos das outras Faculdades. Justifico minha afirmação, demonstrando que ao graduar-se um Bacharel em Direito, está-se, em verdade, graduando-se o mais novo Membro do Poder Judiciário. Reflito sobre



questões jurídicas, por necessidade funcional. Escrevo, excepcionalmente, algumas dessas reflexões, por Paixão e Amor ao Direito. Jamais pretendi mudar as Leis, apenas contribuir com a evolução do sadio pensamento jurídico, conquanto possível.

*Poderia aqui, sustentar-lhes coerentes argumentos hábeis ao debate sobre a inconstitucionalidade/revogação tácita, do guerreado art. 156, do CPP. Talvez relembra-los que a figura do Juiz (na relação processual), para Carneluti, foi descrita como o juiz supraparte; para Ferrajoli, como juiz espectador (sistema acusatório), ou ainda, juiz-ator (sistema inquisitório), além da posição sustentada por tantos outros irretocáveis doutrinadores, que versaram poeticamente sobre o tema. Porém, permito-me, por mero gracejo irônico, portanto dotado de alguma bagagem filosófica, deixar o título deste artigo, como tema de nossa saudável reflexão.*

## OUTRO CAPRICHOS GLOBAL

Nelmon J. Silva Jr.

A Lei nº 12737/12, alterou dispositivos do Estatuto Repressor, com relação a alguns crimes cibernéticos. A inovação legal (graciosamente apelidada de Lei Carolina Dieckmann), prevê pena de detenção de três meses a um ano, além de multa, para quem *“invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita”,* ou ainda, *“quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput”* da citada Lei.

Na sequência, prevê pena de reclusão de seis

meses a dois anos, e multa, “*se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido*”, podendo a pena ser elevada à metade se o crime for cometido contra algumas autoridades citadas em lei.

Vejamos a norma posta pelo preceito do artigo dez, da Lei nº 9296/96 (interceptação telefônica), onde há previsão de pena de reclusão, de dois a quatro anos, e multa, caso seja realizada “*interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.*” Parece-me lógico que a invasão de dispositivo informático alheio (via de regra) causa mal maior do que nos casos advindos de ilegal interceptação telefônica, porém nossos Legisladores, entenderam de forma diversa, talvez para silenciar o clamor do caso que envolveu a citada atriz Global.

Apenas para que se entenda melhor o alcance desta novidade legal, na prática, os crimes nela descritos estão sujeitos à apreciação do Poder Judiciários através das Varas dos Juizados Especiais Criminais (desde que haja representação pela vítima,

enquanto particular), exceção feita quando envolver as autoridades elencadas em lei.

Resumindo, o artigo dez, da Lei 9296/96, aplicava-se aos crimes cibernéticos, porém agora resta tacitamente revogado, e pior, a pena diminuída pela quarta parte. Realmente só nos resta (enquanto operadores do Direito) o agradecimento à Rede Globo de Televisão, que tem contribuído, de forma ímpar, para a decadência de nossos institutos penais.

## QUER SENTAR-SE AQUI, DR. PROMOTOR?

Nelmon J. Silva Jr.

Quinta-feira, 31.01.2013, próximo das 13:00, eu sentado em minha tribuna, aguardando a chegada de meu constituinte, para darmos início à sessão de julgamento pelo Egrégio e Soberano Tribunal do Júri. Neste momento adentra as dependências daquela respeitável Corte, a irmã do acusado, com a qual conversei por alguns minutos. Finda nossa conversa, retorno ao meu lugar, e ao sentar-me, percebo alguém de pé ao meu lado, para o qual inclino-me, visualizando, de imediato, a pessoa com quem acabo de manter diálogo. De pronto, e sem qualquer cerimônia, fui questionado: *“Doutor, seria de mal tom apresentar-me ao Magistrado, externado a confiança em que deposito nele?”*; em resposta afirmo: *“De forma alguma, apenas creio não ser ele a pessoa indicada, fez trata-se do Promotor de Justiça que acusará seu irmão.”*

Confesso não ter sido caso isolado em minha militância na defesa das causas criminal. Faço minhas as palavras de Adriano Antunes Damasceno: *“No Brasil há práticas e ritos do cenário jurídico que adquirem o*

*manto de sagrado e seguem avessos a críticas ao longo do tempo. Sua força é tamanha que quando menos se espera o sagrado assume forma legal. A partir daí, o grau de questionamento sobre os mesmos se torna ainda mais restrito. É exatamente isso o que vem acontecendo com a posição cênica ocupada pelas partes nas salas de audiência e sessões dos tribunais brasileiros, ao menos quando se trata do exercício da pretensão acusatória estatal.”<sup>16</sup>*

Forçosamente, lembro-me dos ensinamentos de Geraldo Prado (saudoso Mestre com o qual especializei-me): Nada obstante, é preciso questionar, colocar sob dúvida o estado de normalidade que parece imperar, perquirir a razão de ser das coisas para, se necessário, transformá-las.”<sup>17</sup> Diferentemente não poderia ocorrer ao citar a lição de Lenio Luiz Streck (igualmente saudoso Mestre de outrora): “*Antes de tudo, quero fazer minhas as palavras do magistrado André Luiz Nicolitt, nos autos do Processo nº 2003.005.000056-7, ao negar validade aos dispositivos legais que estabelecem a prerrogativa de os membros do Ministério Público ocuparem assento do lado direito dos juízes e tribunais: “Antes de analisar a questão, não custa destacar que o posicionamento ora adotado não se traduz em uma investida contra a Instituição, tampouco contra o ocupante do cargo de Promotor de Justiça. Tanto a Instituição quanto seu representante nesta Comarca são dignos do mais alto apreço e admiração deste magistrado, a instituição pela relevância constitucional, e o promotor por ser, sem*

---

<sup>16</sup>

[http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/13130/ADRIANO\\_ANTUNES\\_DAMASCENO.pdf](http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/13130/ADRIANO_ANTUNES_DAMASCENO.pdf)

<sup>17</sup> PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Ed. Lumen Juris, 2006.

*dúvida, um dos mais valiosos profissionais do Direito com quem este magistrado já trabalhou”. Na mesma linha, vão as presentes reflexões. Com o mesmo intuito. Por amor ao debate e um convite ao diálogo.”<sup>18</sup>*

Justifico minha confissão acima, citando trecho de artigo<sup>19</sup> de minha autoria: “*Questiono: Como pode a Defesa bem “duelar”, com os excessos cometidos pela Acusação? Exemplos elucidativos não me faltam. De início, salta-me aos olhos, a formação de nossas Casas de Justiça, onde (apesar do “Parquet” Constitucionalmente ser Órgão Autônomo e Independente), Promotores de Justiça estão instalados nos prédios públicos onde ocorrem nossos julgamentos, sempre com seus gabinetes ladeados aos gabinetes dos Magistrados. O exemplo citado torna-se ainda mais perverso quando observo, em qualquer fórum conhecido, vagas de estacionamento ou sanitários exclusivos ao Juiz de Direito, bem como outro ao Promotor de Justiça. Lastimavelmente, em relação aos Advogados, não verifico a devida recíproca. Permito-me ir além, em sessão plenária nos crimes contra a vida, sempre há uma ampla Tribuna, sentado ao centro o Juiz de Direito, presidindo a sessão, e ao seu lado direito, o Promotor de Justiça, necessariamente acusando. À Defesa resta minorizada Tribuna, oposta àquela ocupada pelos Jurados, normalmente à esquerda do Magistrado. Desnecessários argumentos quanto à discriminação imposta à Defesa. Essa proximidade injustificavelmente estabelecida entre o Acusador e o Julgador é temerária (principalmente quanto à imparcialidade do Juízo), portanto, deveria ter-se por suspeito, o Acusador, o que*

<sup>18</sup> <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/8.pdf>

<sup>19</sup> A dificuldade de acusar, defender, para ao fim julgar

*jamais sequer ouvi falar.”*

Sabidamente nosso processo penal, foi diretamente influenciado pela Teoria da Relação Jurídica (derivada das teses civilista de Büluw), na qual, necessariamente, estabelece-se vínculo de sujeição entre as parte. Causa-me inquietude pensar quem está sujeito a quem no processo penal, vez que apenas seis<sup>20</sup> seriam as possibilidades, nas quais nenhuma observo a “necessária” sujeição teórica imposta. Até poderia entender (aceitar, jamais) a Teoria da Relação Jurídica aplicada ao processo penal antes da promulgação de nossa libertária Carta Política, de 1988, porém após esta resta impossível sustentá-la aplicável ao processo penal.

Quando refirmo-me a nossa Lei Maior como “libertária”, o faço em razão da recepção de princípios (Universais) anteriormente desprezados nas antecessoras Cartas Políticas, à exemplo: da Dignidade da Pessoa Humana; da Legalidade; da Reserva Legal; da Anterioridade; da Irretroatividade da Lei Penal; da Personalidade; da Individualização da Pena; da Humanidade das Penas; da Intervenção Mínima; da Culpabilidade (Princípio da Responsabilidade Subjetiva); da Taxatividade; da Proporcionalidade (vulgarmente chamado de Princípio da Proibição do Excesso); da Vedação da Punição pelo Mesmo Fato; da Paridade de Armas; do Contraditório; da Ampla Defesa, da Imparcialidade da Decisões Judiciais, dentre outros.

A ideia de respeito (em especial pelos Magistrados) aos princípios constitucionais,

<sup>20</sup> Acusação – Defesa; Defesa – Acusação; Acusação – Juízo; Juízo – Acusação; Defesa – Juízo; e Juízo – Defesa.



enfaticamente aos quatro últimos (ao meu ver interdependentes), creio ser a via adequada para a busca da mais sadia Justiça. Também deve-se ter em mente a posição ocupada pelo “Parquet” na demanda, bem interpretado por Damasceno “apud” Aury Lopes Júnior: *“Assim, a condição de parte do Ministério Público no Processo Penal não pode tomar como base uma pretensa titularidade do direito estatal de aplicar a pena. Sua condição de parte decorre do direito potestativo de acusar, da pretensão acusatória”*. (op. cit.).

Novamente reporto-me ao artigo acima citado, de de minha autoria: *“O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”*, segundo preceito posto pelo art. 133, de nossa Carta Maior. Ainda, *“O advogado é indispensável à administração da justiça. No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social. No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público.”*, ao império do art. 2º, § 1º e § 2º, da Lei nº 8.906/94. Assim assegura o seu art. 6º, e seu Parágrafo único: *“Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos. As autoridades, os servidores públicos e os serventuários da justiça devem dispensar ao advogado, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho”*. Dito isso, não vejo justificativa plausível para a divisão imposta à Defesa.

*[...] Conscientemente extrapolo, citando outros exemplos, reservando-me o direito de não explorar vaidades pessoais de Magistrados e Promotores de Justiça. Não raras as vezes percebo a ausência (ainda que momentânea) do Representante do “Parquet” na(s) audiência(s) de instrução processual penal, porém ao fim desta (ou até mesmo após), pelo Juiz que a preside, é chamado para assinar a respectiva Ata de audiência, como se dela tivesse participado. [...] Outro exemplo, quando presencio, com certa frequência, funcionários de cartório entregarem pessoalmente em gabinete, Autos de Ação Penal; Certidões de Endereços e de Antecedentes Criminais; Laudos Periciais; e até cafezinhos ou guloseimas ao Promotor de Justiça daquela Vara, mesmo organicamente não vinculados. Por essas razões, além de várias outras que poderia aqui citar, declaro-me contrário à disposição espacial ocupada pelos Membros do “Parquet” junto à estrutura Judiciária, por, causar-me incerteza quanto à imparcialidade daquele Juiz.”*

Ora, se o Ministério Público é órgão autônomo e independente (até por respeito à sua independência, por vezes satirizada ironicamente como Quarto Poder ), não deveria parear prédios públicos com os Magistrados que lá estão para a devida prestação da tutela jurisdicional estatal. Parece-me, ao menos imoral, (para não dizer leviano), que Promotores de Justiça, diariamente sirvam-se da estrutura dos cartórios judiciários, bem como de seus funcionários, apesar de desvinculados organicamente deste. Óbvio que aos membros do Ministério Público deve dar-se o mesmo tratamento que é dado à Defesa, inclusive para preservar-se o dogma mistificadamente imposto quanto à

imparcialidade do Juiz, imparcialidade esta, Pedra Fundamental do Judiciário, portanto deve(ria) restar inabalável.

**BREVE ARGUMENTO SOBRE A (MAIS QUE)  
NECESSÁRIA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO  
DIREITO PENAL**

**Nelmon J. Silva Jr.**

Sobre a (mais que) necessária constitucionalização do direito penal, faço minhas as palavras de Lenio Streck ao citar Paulo Ferreira da Cunha: *”não se trata apenas do conhecido fenômeno de constitucionalização do direito penal, mas do reconhecimento do mesmo como matéria que, não sendo de Direito Constitucional próprio sensu, é juridicamente constitucional, ou fundante”*.

Prossegue lecionando: *“A simples positivação de tais valores indica se não a imposição de proteção penal, pelo menos a possibilidade de extensão do sistema penal para a guarida de tais bens constitucionalizados merecedores de tutela jurídica que, em alguma medida, haverá de ser penal. Prossegue: “em pleno*

*modelo formal de Estado Democrático de Direito, a Constituição brasileira de 1988 ainda é vista como uma “mera carta de intenções”. Parece razoável afirmar, desse modo, que os juristas brasileiros não podem continuar a calcar sua atuação – no plano da construção do conhecimento jurídico (doutrina e jurisprudência) - em modelos de Estado e de Direito ultrapassados pela evolução histórica.”*

Nos países modernamente socializados, a constitucionalização normativa (processual) penal já resta ultrapassada, sendo que o direito penal continua sendo o instrumento de combate/repressão aos crimes, porém, dá-se maior ênfase ao combate dos crimes que lesionam os bens jurídicos sociais. Não significa dizer que – siologicamente - ao seu povo é permitido roubar, por exemplo. Na busca do Estado Democrático Social de Direito, mediante o implemento de “*política integral de proteção dos direitos*” (segundo doutrina Alessandro Baratta), o sistema garantista é ferramenta necessária, revelando-se sob duas formas distintas: visando combater o eventuais excessos cometidos pelo Estado (Übermassverbot – garantismo negativo), e noutro viés, atuando contrariamente à proteção deficitária do Estado (Untermassverbot – garantismo positivo).

*“No mesmo sentido, o dizer de João Baptista Machado, para quem o princípio do Estado*

*de Direito, nesta quadra da história, não exige apenas a garantia da defesa de direitos e liberdades contra o Estado; exige também a defesa dos mesmos contra quaisquer poderes sociais de fato. Desse modo, ainda com o pensador português, é possível afirmar que a idéia de Estado de Direito se demite da sua função quando se abstém de recorrer aos meios preventivos e repressivos que se mostrem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos”. - Streck apud Machado.*

Presumo novidade aqui não haver, senão vejamos doutrina de Roxin: *“o direito penal serve simultaneamente para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime. Protege, portanto, o indivíduo de uma repressão desmesurada do Estado, mas protege igualmente a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo.”* - Streck apud Roxin. Inquestionável, que em países socialmente evoluídos, são estas as duas faces adotadas pelo direito penal: Estado de Direito (protetor e libertário das garantias individuais), e Estado Social (preservador do interesse social).

*“a Constituição, na era do Estado Democrático de Direito (e Social) também apresenta uma dupla face, do mesmo modo que o princípio da proporcionalidade (Übermassverbot e Untermassverbot). Dito de outro modo, o modelo de*

*Estado Democrático de Direito implica a sujeição do político ao jurídico. As Constituições assumem um papel compromissário e dirigente. A liberdade de conformação legislativa fica sobretudo restringida, porque vinculada também materialmente ao texto constitucional.” - Apud Streck, com o qual comungo no entendimento quanto à sujeição do político ao jurídico.*

Diferença - ontológica e etimológica - há entre texto e norma. Vários Institutos do Direito Penal mantêm o mesmo texto, porém o sentido dado à sua norma vem sofrendo alterações ao longo dos anos. Resta-me claro que a aplicação do princípio da proporcionalidade é o eficaz critério de controle de constitucionalidade, portanto, legítimo para a necessária constitucionalização do direito (processual) penal.

Quanto à necessária reinterpretação hermenêutica da norma face ao conjunto normativo Constitucional, novamente socorro-me das lições de Lenio Streck (apoiado na sólida doutrina de Hans-George Gadamer – do dever-ser no ser), ao afirmar que: *“sendo um texto jurídico (cujo sentido, repita-se, estará sempre contido em uma norma, que é produto de uma atribuição de sentido - Sinngebung válido tão-somente se estiver em conformidade com a Constituição, a aferição dessa conformidade exige*

*uma pré-compreensão (Vorverständnis). A ausência de uma adequada pré-compreensão (Vorverständnis) impede o acontecer (Ereignen) do sentido.”*

Apenas por prazer ao bom argumento, o Sistema Garantista (na doutrina de Raúl Eugênio Zaffaroni, sistema é o “*controle social punitivo institucionalizado*”) vislumbra o atingimento de um “*Direito Penal Mínimo em face do atingimento do Direito Social Máximo*”. Julgo, portanto, legítima a defesa desta (supra)tese, apesar da reticente rejeição - por omissão<sup>21</sup> - por muitos de nossos juristas. Sem vaidosa pretensão quanto ao convencimento alheio, concluo que citada rejeição deve-se ao fato de que o modelo de política criminal, apresentado sob forma de sistema penal, evoluiu ao ponto de ultrapassar as fronteiras funcionais do Judiciário, restringindo (parcialmente) as atividades Executivas e Legislativas, como acima afirmado.

Desnecessário pois, sustentar maiores argumentos justificantes ao fato. Relembro aqui a conclusiva doutrina de Modesto Saavedra López: “*La ley y las demás fuentes convencionalmente establecidas se les imponen como dogmas*

---

<sup>21</sup> Por exemplo, no exercício do direito fundamental ao contraditório, deve-se ter as as razões argumentativas consideradas (*Recht auf Berücksichtigung*). Nesse sentido vale citar o argumento do Ministro Gilmar Mendes quando asseverou que “**o dever do magistrado de conferir atenção ao direito das partes não envolve apenas a obrigação de tomar conhecimento (“Kenntnisnahmepflicht”), mas também a de considerar, séria e detidamente as razões apresentadas (“Erwägungspflicht”). Mas no que consiste tal consideração preconizada pelo magistrado? Implica reconhecer que estas razões estão localizadas no tempo, espaço e cultura historicamente determinados, e é preciso desvendá-las nestas ambiências.**” - Mandado de Segurança n. 24.268/MG, Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 05 fev. 2004. DJ 17-09-2004 PP-00053, EMENT VOL-02164-01 PP- 00154, RDDP n. 23, 2005, p. 133-151, RTJ VOL-00191-03 PP-00922.



*incuestionables, y su misión profesional les obliga a actuar como portavoces de un mensaje originado en otro lugar, en la sede en la que legítimamente reside la potestad para tomar decisiones jurídicas de alcance general en representación de la soberanía popular.”*

## UMA REFLEXÃO OBRIGATÓRIA PARA SILENCIAR OS SINOS

**Nelmon J. Silva Jr.**

Tenho o hábito de arquivar pequenos textos publicados em jornais, ou mídias similares, por próximos dez anos. Ao processar citado hábito (leia-se, jogar fora o que não presta), deparei-me com os dois arquivos (da mesma época) aqui compartilhados: “*Muito preocupa os poderes públicos e a sociedade o problema da superlotação dos presídios que, além de constituir afronta à dignidade humana, é, muitas vezes, causa de motins e rebeliões. [...] freqüentemente sugere-se a construção de novos presídios para cumprimento de pena em regime fechado, relegando-se a segundo plano a construção de estabelecimentos para cumprimento de pena em regime semi-aberto. [...,] O regime semi-aberto de cumprimento de pena é positivo por permitir um contato paulatino do apenado com a sociedade, por estar*

*relacionado a um menor número de fugas e de reincidência, e por conferir ao condenado uma perspectiva de liberdade que, sem sombra de dúvidas, freia os “instintos” de rebelião. Sendo muito mais econômico que o regime fechado. [...] Está-se apenas defendendo que aqueles apenados que fazem jus a esse tipo de regime sejam colocados em estabelecimentos adequados. Em outras palavras, que se cumpra a lei.” (Miguel Reale Júnior - O Globo, em 21.05.2002).*

*“Fernando Tourinho Neto, diz que está preparado para ser o alvo da revolta e da frustração da população que quer Justiça rápida. Mas reclama dos juízes de primeira instância, que, na sua opinião, exageram na interpretação da lei sobre prisão preventiva. [...] Os juízes de primeira instância têm de colocar uma coisa na cabeça: enquanto não mudar a Constituição, só pode ser preso se condenado.” Questionado sobre o caso Jader Barbalho, respondeu: “Acho que o juiz fez isso para agradar ao povo. E o povo acaba ficando bravo é comigo! Sei disso... Ontem recebi telefonemas de parentes meus de Salvador, brigando comigo. Diziam: “Como você faz uma coisa dessas? Soltando um ladrão!” Nem tento explicar mais. Ninguém quer saber de explicação, quer é ver o sujeito na cadeia. O que posso fazer se tenho de tomar decisões antipáticas [...]” (Entrevista realizada com Fernando Tourinho Neto, (ex)presidente do TRF da 1ª Região, veiculada em vários sítios virtuais, em*

17.02.2002).

Permito-me resumir o artigo escrito por José Saramago - *Da justiça à democracia, passando pelos sinos* - descrevendo cena do século XVI, onde os sinos tocavam ao longo do dia, dobrando melancolicamente a finados, ocasião na qual os aldeões vão à igreja e deparam-se com um camponês a aguardá-los. Surpresos, perguntam onde se encontrava o sineiro e quem era o morto? "O sineiro não está aqui, eu é que toquei o sino", foi a resposta do camponês. Retrucado sobre eventual morte, o camponês respondeu: "Ninguém que tivesse nome e figura de gente, toquei a finados pela Justiça porque a Justiça está morta."

Adentro o tema citando Eric Hobsbawn, ao afirmar que o Brasil é "um monumento à negligência social"; Konder Comparato, denunciando a "morte espiritual da Constituição" - apud Lenio Streck; Roberto Lyra, lecionando que "o direito é condição da existência da sociedade. As leis não são instrumentos de opressão de injustiças"; Rui Barbosa, concluindo que "não há salvação para o juiz covarde".

A primeira lição tida na Academia, é que Direito e Justiça, não são sinônimos. Desapercebidamente poderia alguém afirmar que a assertiva é por demais óbvia. O abismo entre Direito e Justiça não me parece tão óbvio, afirmo pela simples

observação do funcionamento do Judiciário. Explico, quando pensamos nas palavras *Direito* e/ou *Justiça*, imediatamente buscamos como arquétipo sustentável a *Constituição* (essa deveria ser a lógica a ser seguida, especialmente por Juristas). Forço-me citar novamente Lenio Streck, ao cirurgicamente doutrinar: “*assombra-nos o seguinte paradoxo: uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só)nega a aplicação de tais direitos; [...] ou seja, no plano das práticas do Direito, continuamos a olhar o novo (Estado Democrático de Direito, constituição dirigente, direitos sociais, etc) com os olhos do velho (modelo de direito liberal-individualista-normativista)*”

Qual o conceito (a)jurídico de *Constituição*? Poderíamos lembrar incontáveis doutrinas acerca do conceito, porém opto por comungar do “*óbvio de que a Constituição constitui!*” - apud Lenio Streck. Crível entender que a “*Constituição constitui*” determinado Estado (falo em sentido amplo), positivando o contrato social daquele povo. Prossigo, nossa *Constituição* revela-se Garantista (prefiro usar Garantidora), quando recepciona inúmeros Princípios Universais de Direito, assegurando-os em seus preceitos; não é novidade que nossa *Constituição*, está em patamar de superioridade em relação às demais leis, logo, estas devem obediência àquela (inclusive quanto aos seus

Princípios), sob pena de inconstitucionalidade.

Relembro a doutrina referente aos princípios, citando, *“as lições de Paulo Bonavides, para quem princípios valem, regras vigem, e Celso Antonio Bandeira Melo, que sustenta ser mais grave violar um princípio do que uma norma. Reforça, ainda, a lição de Souto Maior Borges, para quem a violação de um princípio constitucional importa em ruptura da própria Constituição, representando por isso mesmo uma inconstitucionalidade de conseqüências muito mais graves do que a violação de uma simples norma, mesmo constitucional.”* - Apud Lenio Streck.

Por ser Garantista (Garantidora) nossa Constituição, necessária a reinterpretação de todo ordenamento jurídico infraconstitucional, especialmente naquelas aplicáveis ao direito (processual) penal - fenômeno conhecido como constitucionalização do direito penal. *“Não se trata apenas do conhecido fenômeno de constitucionalização do direito penal, mas do reconhecimento do mesmo como matéria que, não sendo de Direito Constitucional próprio sensu, é juridicamente constitucional, ou fundante”*. - Lenio Streck apud Paulo Ferreira da Cunha.

Indago: como e porque, faz-se necessária a reinterpretação do ordenamento jurídico penal e

processual penal? Respondo, a segunda pergunta, com simples argumento de que somente através da necessária reinterpretação, sustentar-se-(i)á o Constitucionalizado Estado Democrático de Direito. Em resposta à primeira indagação, presumo ser facilmente compreensível, que texto e norma não são sinônimos, portanto é legal (falo em sentido amplo) o Julgador, ao decidir (por Constitucionalmente Garantido) afastar texto de lei que não amolde-se à realidade social, e principalmente afastá-lo quando inconstitucional. Este simples raciocínio revela-se, fundamentalmente (por dogmático), Garantista.

Pauso para adentrar num ponto nevrálgico. O que é o Garantismo? De forma rasa, respondo tratar-se de modelo de política criminal, visando diminuir o poder punitivo (excessivo) do Estado, e aumentar a liberdade (garantias) do cidadão, proposto por Luigi Ferrajoli, ao idealizar o Sistema Garantista, estribado-o em dez axiomas básicos (relacionados à Pena, Pelito e Processo).

Sistema Penal, segundo doutrina Raúl Eugênio Zaffaroni, é o “*controle social punitivo institucionalizado*”. Entendido tal conceito, demonstro resumidamente o modelo sistematizado por Ferrajoli:

#### Quanto à Pena:

01. “Não há pena sem crime” – Princípio da Retributividade.

02. “Não há crime sem lei” – Princípio da Legalidade.

03. “Não há lei penal sem necessidade” – Princípio da Intervenção Mínima.

Quanto ao Delito:.

04. “Não há necessidade sem injúria” – Princípio da Ofensividade.

05. “Não há injúria sem ação” – Princípio da Exteriorização.

06. “Não há ação sem culpa” – Princípio da Culpabilidade.

Quanto ao Processo:

07. “Não há culpa sem sentença” – Princípio da Jurisdicionalidade.

08. “Não há sentença sem acusação” – Princípio Acusatório ou Inquisitório.

09. “Não há acusação sem prova” – Princípio do Ônus da Prova.

10. “Não há prova sem defesa” – Princípio do Contraditório e Ampla Defesa.

Evoluindo, compartilho de “o modelo de Estado Democrático de Direito implica a sujeição do político ao jurídico. As Constituições assumem um papel



*compromissário e dirigente. A liberdade de conformação legislativa fica sobretudo restringida, porque vinculada também materialmente ao texto constitucional.” - Apud Streck.*

Apenas por prazer ao argumento, o Sistema Garantista vislumbra o atingimento de um “*Direito Penal Mínimo/Direito Social Máximo*” (parece-me lógica essa construção, vez que alcançado um direito social máximo, necessário - regulativamente - um direito penal mínimo). Julgo legítima a defesa desta tese, apesar da reticente rejeição por muitos juristas. Sem vaidosa pretensão quanto ao convencimento alheio, concludo que citada rejeição deve-se ao fato de que o modelo de política criminal, apresentado sob forma de Sistema Penal, proposto por Ferrajoli, evoluiu ao ponto de ultrapassar as fronteiras funcionais do Judiciário, restringindo (parcialmente) as atividades Legislativas e Executivas.

Desnecessário maiores argumentos, porém (por mera retórica - *Aqui Mais Que Necessária*), permito-me lembrar (aos reticentes, leia-se teimosos) a conclusiva doutrina de Modesto Saavedra López: “*La ley y las demás fuentes convencionalmente establecidas se les imponen como dogmas incuestionables, y su misión profesional les obliga a actuar como portavoces de un mensaje originado en otro lugar, en la sede en la que*

*legítimamente reside la potestad para tomar decisiones jurídicas de alcance general en representación de la soberanía popular.”*

Não posso (tampouco devo) permitir o *incesante badalar dos sinos*; creio que para *silenciá-los(sinos)*, obrigo-me a partilhar essas necessárias reflexões (como outrora refletiu Fernando Tourinho Neto). Aos teimosos; desejo-lhes bons sonhos, pois o *badalar dos sinos* (sabidamente) incomadoda!