

III CONGRESSO CRIMINAL

DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO



III Congresso Criminal do Ministério Público do Estado de São Paulo

Associação Paulista do Ministério Público

Escola Superior do Ministério Público



São Paulo
2018

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Congresso Criminal do Ministério Público do
Estado de São Paulo (3. : 2017 : Águas de
Lindoia, SP)

III Congresso Criminal do Ministério Público do
Estado de São Paulo / organização Escola Superior do
Ministério Público. -- São Paulo : APMP, 2018.

ISBN 978-85-86013-72-0

1. Direito - Congressos 2. Justiça criminal -
Brasil 3. Ministério Público - São Paulo (Estado) -
Congressos 4. Processo penal - Brasil I. ESMP -
Escola Superior do Ministério Público. II. Título.

18-20335

CDU-343.1(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. São Paulo : Estado : Ministério Público :
Congresso criminal : Direito 343.1(81)

Maria Paula C. Riyuzo - Bibliotecária - CRB-8/7639

**São Paulo
2018**

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional Escola Superior do Ministério Público

DIRETORIA

Antonio Carlos da Ponte
Diretor do CEAF/ESMP
Procurador de Justiça

ASSESSORIA BIÊNIO 2016/2017

Alexandre Rocha Almeida de Moraes

Promotor de Justiça

Fernando Reverendo Vidal Akaoui

Promotor de Justiça

Ieda Casseb Casagrande Bignardi

Promotora de Justiça

Romeu Galiano Zanelli Júnior

Promotor de Justiça

Silvia Chakian de Toledo Santos

Promotora de Justiça

ASSESSORIA BIÊNIO 2018/2019

Alexandre Rocha Almeida de Moraes

Promotor de Justiça

Karina Beschizza Cione

Promotora de Justiça

Reynaldo Mapelli Júnior

Promotor de Justiça

Roberto Barbosa Alves

Promotor de Justiça

Yoon Jung Kim

Promotora de Justiça

ORGANIZAÇÃO DO EVENTO

Alexandre Rocha Almeida de Moraes

Aline Riera Pedreiras

Cristiane Tortoza Martin

Marcia Regina Alves

Maurício Rodrigues dos Santos Neto

Og Dias de Cerqueira

Zuleica Curcino Nogueira

ELABORAÇÃO DO PROJETO GRÁFICO

Aline Riera Pedreiras

Fernando Bocalari

Marcelo Soares

Diretoria da Associação Paulista do Ministério Público

Biênio 2017/2018

Presidente

José Oswaldo Molineiro

1º Vice-Presidente

Francisco Antônio Gnipper Cirillo

2º Vice-Presidente

Gabriel Bittencourt Perez

1º Secretário

Paulo Penteadó Teixeira Júnior

2º Secretário

Tiago de Toledo Rodrigues

1º Tesoureiro

Renato Kim Barbosa

2º Tesoureira

Fabiola Moran Faloppa

Diretora de Aposentados

Cyrdemia da Gama Botto

Diretor de Patrimônio

André Pascoal da Silva

Diretora de Relações Públicas

Paula Castanheira Lamenza

Diretor de Prerrogativas

Salmo Mohmari dos Santos Júnior

CONSELHO FISCAL

Titulares

Antônio Bandeira Neto

Enilson David Komono

Pedro Eduardo de Camargo Elias

Suplentes

Daniel Leme de Arruda

Fabiana Dal Mas Rocha Paes

Paulo Juricic

DEPARTAMENTOS

Assessoria de Assuntos Institucionais e Parlamentares

Felipe Locke Cavalcanti - Coordenador

Cyrdemia da Gama Botto - Assessora

Marcelo Rovere - Assessor

Roberto Livianu - Assessor

Ouvidor

Paulo Juricic

Apoio à 2ª Instância

Renato Eugênio de Freitas Peres

Assessoria Especial da Presidência

Pedro de Jesus Juliótti - Coordenador

Antônio Luiz Benedan

Antônio Visconti

Arthur Cogan

Herberto Magalhães da Silveira Júnior

Hermano Roberto Santamaria

Irineu Roberto da Costa Lopes

João Benedicto de Azevedo Marques

José Eduardo Diniz Rosa

José Geraldo Brito Filomeno

José Maria de Mello Freire

José Ricardo Peirão Rodrigues

Marino Pazzaglino Filho

Munir Cury

Nair Ciocchetti de Souza

Newton Alves de Oliveira

Reginaldo Christoforo Mazzafera

Ricardo Prado Pires de Campos

Ruymar de Lima Nucci

Convênios e Eventos

Celeste Leite dos Santos

Célio Silva Castro Sobrinho

Cristiane Melillo Dilascio M. dos Santos

Daniela Domingues Hristov

Fernando Pascoal Lupo

Paula Castanheira Lamenza

Compliance

Marco Antônio Ferreira Lima

Gestão Ambiental

Bárbara Valeria Cury e Cury

Luis Paulo Sirvinskaskas

Fundo de Emergência

Gilberto Nonaka

Roberto Elias Costa

Ceal

João Claudio Couceiro - Coordenador

Arthur Migliari Júnior - Secretário

Apoio aos Substitutos

Eduardo Luiz Michelan Campana

Neudival Mascarenhas Filho

Norberto Jóia

Aposentados

Ana Martha Smith Corrêa Orlando

Antônio de Oliveira Fernandes

Antônio Sérgio Caldas de Camargo Aranha

Carlos João Eduardo Senger

Carlos Renato de Oliveira

Edi Cabrera Rodero

Edivon Teixeira

Edson Ramachoti Ferreira Carvalho

Francisco Mario Viotti Bernardes

Irineu Teixeira de Alcântara

João Alves

João Sanches Fernandes

José Benedito Tarifa

José de Oliveira

Maria Célia Loures Macuco

Orestes Blasi Júnior

Oswaldo Hamilton Tavares

Paulo Norberto Arruda de Paula

Reginaldo Christoforo Mazzafera

Silvia Regina Brandi Máximo Ribeiro

Ulisses Butura Simões

Acadêmico

Rafael de Oliveira Costa

Cultural

André Pascoal da Silva

Beatriz Helena Ramos Amaral

Gilberto Gomes Peixoto

José Luiz Bednarski

Paula Trindade da Fonseca

Previdência

Deborah Pierrri

Goiaci Leandro de Azevedo Júnior

Maria da Glória Villaça B. G. de Almeida

Cerimonial

Paula Castanheira Lamenza

Patrimônio

João Carlos Calsavara

Paulo Antônio Ludke de Oliveira

Wania Roberta Gnipper Cirillo Reis

Esportes

João Antônio dos Santos Rodrigues

Karyna Mori

Luciano Gomes de Queiroz Coutinho

Luiz Carlos Gonçalves Filho

Rafael Abujamra

Turismo

Mariani Atchabahian

Romeu Galiano Zanelli Júnior

APMP Mulher

Daniela Hashimoto

Fabiana Dal Mas Rocha Paes

Fabiola Sucasas Negrão Covas

Maria Gabriela Prado Manssur Trabulsi

Informática

João Eduardo Gesimal Xavier de Freitas

Paulo Marco Ferreira Lima

Prerrogativas Financeiras

Daniel Leme de Arruda

João Valente Filho

Segurança

Gabriel César Zaccaria de Inellas

Walter Rangel de Franca Filho

Estudos Institucionais

Anna Trotta Yaryd

Claudia Ferreira Mac Dowell

Jorge Alberto de Oliveira Marum
Nathan Glina
Pérsio Ricardo Perrella Scarabel
Rafael Corrêa de Moraes Aguiar
Jurisprudência Cível
Alberto Camina Moreira
José Bázilio Marçal Neto
Luiz Henrique Brandão Ferreira
Otávio Joaquim Rodrigues Filho
Renata Helena Petri Gobbet
Vanessa Therezinha Sousa de Almeida
Jurisprudência Criminal
Antônio Nobre Folgado
Fábio Rodrigues Goulart
Fernando Augusto de Mello
Gabriel Marson Junqueira
João Eduardo Soave
Luiz Cláudio Pastina
Ricardo Brites de Figueiredo
Legislação
Leonardo D'angelo Vargas Pereira
Luiz Fernando Garcia
Rogério José Filocomo Júnior
Publicações
Aluísio Antônio Maciel Neto
José Carlos de Oliveira Sampaio
José Fernando Cecchi Júnior
Rafael de Oliveira Costa
Rolando Maria da Luz
Relações Públicas
José Carlos Guillem Blat
Rodrigo Canellas Dias
Médico
Luiz Roberto Cicogna Faggioni
Prerrogativas Funcionais
Cassio Roberto Conserino
Geraldo Rangel de França Neto
Helena Cecília Diniz Teixeira C. Tonelli
Sílvia Reiko Kawamoto
Condições de Trabalho
Alexandre Nunes de Vincenti
Cristina Helena Oliveira Figueiredo
Tatiana Viggiani Bicudo
Vinicius Rodrigues França
Relações Interinstitucionais
Francisco Antônio Gnipper Cirillo
Soraia Bicudo Simões Munhoz

**DIRETORES REGIONAIS
(TITULARES E ADJUNTOS)**

Araçatuba
José Fernando da Cunha Pinheiro
Adelmo Pinho
Bauru
Júlio Cesar Rocha Palhares
Vanderley Peres Moreira

Campinas
Leonardo Liberatti
Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras
Franca
Carlos Henrique Gasparoto
Joaquim Rodrigues de Rezende Neto
Guarulhos
Omar Mazloum
Rodrigo Merli Antunes
Marília
Gilson César Augusto da Silva
Isauro Pigozzi Filho
Piracicaba
Fábio Salem Carvalho
João Francisco de Sampaio Moreira
Presidente Prudente
Gilson Sidney Amâncio de Souza
Marcos Akira Mizusaki
Ribeirão Preto
Maria Julia Câmara Facchin Galati
Sebastião Donizete Lopes dos Santos
Santos
Carlos Alberto Carmello Júnior
Roberto Mendes de Freitas Júnior
São José do Rio Preto
André Luis de Souza
José Marcio Rossetto Leite
Sorocaba
José Júlio Lozano Júnior
Alice Satiko Kubo Araújo
Taubaté
Manoel Sérgio da Rocha Monteiro
Eduardo Dias Brandão

**CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO
(TITULARES E ADJUNTOS)**

ABC
Fernanda Martins Fontes Rossi
Adolfo César de Castro e Assis
Araçatuba
Sérgio Ricardo Martos Evangelista
Nelson Lapa
Araraquara
José Carlos Monteiro
Sérgio de Oliveira Medici
Baixada Santista
Maria Pia Woelz Prandini
Alessandro Bruscki
Bauru
João Henrique Ferreira
Hércules Sormani Neto
Bragança Paulista
Bruno Marcio de Azevedo
Carmen Natalia Alves Tanikawa
Campinas
Carlos Eduardo Ayres de Farias
Fernanda Elias de Carvalho

Franca
Christiano Augusto Corrales de Andrade
Alex Facciolo Pires
Mogi das Cruzes
Carlos Eduardo da Silva Anapurus
Renato Moreira Guedes
Itapetininga
José Roberto de Paula Barreira
Célio Silva Castro Sobrinho
Jundiaí
Mauro Vaz de Lima
Fernando Vernice dos Anjos
Litoral Norte
Alexandre Petry Helena
Constance Caroline A. Alves Toselli
Marília
Jess Paul Taves Pires
Oriell da Rocha Queiroz
Osasco
Fábio Luís Machado Garcez
Wellington Luiz Daher
Botucatu
Renata Gonçalves Catalano
Luiz Paulo Santos Aoki
Piracicaba
Sandra Regina Ferreira da Costa
José Antônio Remédio
Presidente Prudente
Fernando Galindo Ortega
Daniel Magalhães Albuquerque Silva
Ribeirão Preto
José Ademir Campos Borges
Frederico Francis Mellone de Camargo
Santos
Daury de Paula Júnior
Daniel Isaac Friedmann
São Carlos
Neiva Paula Paccola Carnielli Pereira
Denilson de Souza Freitas
São José do Rio Preto
Wellington Luiz Villar
Júlio Antônio Sobottka Fernandes
Sorocaba
Rita de Cássia Moraes Scaranci Fernandes
Luciana Amorim de Camargo
Taubaté
José Benedito Moreira
Daniela Rangel Cunha Amadei
Vale do Ribeira e Litoral Sul
Guilherme Silveira de Portella Fernandes
Luciana Marques Figueira Portella
São João da Boa Vista
Donisete Tavares Moraes Oliveira
Sérgio Carlos Garutti
Tribunal de Contas
Celso Augusto Matuck Feres Júnior
Rafael Neubern Demarchi Costa

Sumário

1. Apresentação	09
2. Cartaz do Congresso	11
3. Palestra de Abertura	13
4. Painel I - O Processo Penal Contemporâneo, Proteção Jurídica Suficiente e Ministério Público	23
5. Painel II - O Futuro da Promotoria Criminal	43
6. Painel III - O Ministério Público no Enfrentamento às Novas Formas de Criminalidade	83
7. Palestra de Encerramento	89
8. Teses Aprovadas - III Congresso Criminal do MPSP	99
9. Galeria de Fotos	103
10. Congressistas	137
11. Mídias Digitais	143

Apresentação

Prezados Colegas,

O Centro de Estudos e Aperfeiçoamento / Funcional Escola Superior do Ministério Público, com apoio da Unidade Nacional de Capacitação do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e da Associação Paulista do Ministério Público (APMP), promoveu, em parceria com a Procuradoria-Geral de Justiça, no período compreendido entre os dias 31 de agosto a 02 de setembro de 2017, no Lindóia Vancance Hotel, o III Congresso Criminal do Ministério Público do Estado de São Paulo.

O evento discutiu criticamente novas formas de atuação e um novo papel do Ministério Público na atuação criminal, seja pelas novas formas de criminalidade, seja por sua conformação democrática e mais eficiente, seja pelos novos desafios apresentados nesse tempo social em que vivemos.

Painéis sobre o processo penal contemporâneo, a proteção jurídica suficiente, o futuro da promotoria criminal, o Ministério Público no enfrentamento às novas formas de criminalidade, a tutela penal de interesses difusos e o garantismo social fomentaram a discussão de temas instigantes como execução da sentença condenatória, justiça consensual, monitoramento do crime organizado, precedentes vinculantes e o papel da Procuradoria Criminal.

O novo modelo de Agências, a atuação integrada, investigação criminal, jurimetria, a vitimologia e o papel da vítima no processo penal também enriqueceram os debates trazidos nas exposições dos Procuradores-Gerais de Justiça Gianpaolo Poggio Smanio (MPSP) e Paulo Cezar dos Passos (MPMS), o Vice-Diretor do Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Renato de Mello Jorge Silveira, além dos Procuradores de Justiça Eloísa de Sousa Arruda, Felipe Locke Cavalcanti, Márcio Sergio Christino, Pedro Henrique Demercian e Valderez Deusdedit Abbud e os promotores de justiça Alexandre Rocha Almeida de Moraes e Paulo Penteado Teixeira Júnior.

O Congresso foi coroado com a abertura e o encerramento de juristas de reconhecida notoriedade internacional: WALTER FANGANIELLO MAIEROVITCH, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo aposentado e JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, Professor Catedrático de Direito Penal da Universidade Pompeu Fabra (Barcelona).

Todas as 20 (vinte) teses apresentadas por Promotores e Procuradores de Justiça (jurídicas, de política criminal, investigação e controle externo) foram discutidas e debatidas exaustivamente em plenária- por dois dias- resultando na Carta que integra o presente registro histórico.

Com efeito, a Carta, assim como as transcrições, artigos e audiovisuais que integram o presente registro demonstram a grandeza dos novos desafios e objetivos desse Ministério Público que ainda precisa se aperfeiçoar para os novos desafios na área criminal.

Mais uma vez, o Congresso demonstrou ser possível o debate democrático de novas ideias entre diferentes gerações e distintas formas de pensamento, de maneira tolerante, respeitosa e plural, como acreditamos deva ser o papel institucional de nossa Escola Superior e como deve ser o Ministério Público que a sociedade espera e almeja.

Estão lançadas ideias para um debate que não acabou ali, mas que precisam ser visitadas, questionadas e criticadas para a construção de novas formas de atuação criminal que impliquem em uma prestação de serviço mais eficiente na prevenção e repressão da criminalidade, e signifiquem para cada Membro a reafirmação dos ideais que nos fizeram escolher essa carreira e esse propósito de vida de servir da melhor maneira à sociedade.

Antonio Carlos da Ponte

Procurador de Justiça

Diretor da ESMP

Cartaz do Congresso



III CONGRESSO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Águas de Lindóia - SP

31 de agosto a 2 de setembro de 2017 - Nova Lindóia Vacance Hotel
Avenida Nações Unidas, 1374, Moreiras

Programação:

1º Dia - 31 de agosto de 2017 - quinta-feira

19h - ABERTURA DO CONGRESSO

GIANPAOLO POGGIO SMANIO
Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo
ANTONIO CARLOS DA PONTE
Diretor do CEAF/ESMP
PAULO AFONSO GARRIDO DE PAULA
Corregedor-Geral do Ministério Público de São Paulo
JOSÉ OSWALDO MOLINEIRO
Presidente da Associação Paulista do Ministério Público
LÚCIA NUNES BROMERCHENKEL
Promotora de Justiça - Coordenadora do 20º Núcleo Regional do CEAF/ESMP

19h30 - Palestra de Abertura: MÁFIAS, CRIME ORGANIZADO E ORGANIZAÇÕES PRÉ-MAFIOSAS

WALTER FANGANIÉLO MAIEROVITCH
Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo aposentado

2º Dia - 1º de setembro de 2017 - sexta-feira - manhã

9h/10h30 - Painel I: O PROCESSO PENAL CONTEMPORÂNEO, PROTEÇÃO JURÍDICA SUFICIENTE E MINISTÉRIO PÚBLICO

TEMAS: Execução da Sentença Condenatória, Justiça Consensual, Monitoramento do Crime Organizado e Precedentes Vinculantes e Procuradoria Criminal.
Palestrantes:
VICENTE GRECO FILHO - Procurador de Justiça MPSP aposentado, Livre docente em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
VALDÉREZ DEUSDEDIT ABBUD - Procuradora de Justiça Criminal MPSP
FELIPE LOCKE CAVALCANTI - Procurador de Justiça Coordenador do Departamento de Assuntos Institucionais e Parlamentares da Associação Paulista do Ministério Público
PAULO PENTEADO TEIXEIRA JÚNIOR - Promotor de Justiça 1º Secretário da Associação Paulista do Ministério Público
Presidência: **ROGÉRIO SANCHES CUNHA** - Promotor de Justiça MPSP

11h/13h - Painel II: O FUTURO DA PROMOTORIA CRIMINAL

TEMAS: Agências, Atuação integrada, Investigação, Jurimetria, Legitimação concorrente para a ACP, Vitimologia e papel da vítima no processo penal.
Palestrantes:
ALEXANDRE ROCHA ALMEIDA DE MORAES - Promotor de Justiça, Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
ELOISA DE SOUSA ARRUDA - Secretária Municipal de Direitos Humanos e Cidadania de São Paulo, Procuradora de Justiça aposentada, Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
MÁRCIO SÉRGIO CRISTINO - Procurador de Justiça 1º Vice-Presidente da Associação Paulista do Ministério Público, Especialista em Crime Organizado
PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN - Procurador de Justiça de Habeas Corpus e Mandados de Segurança Criminais, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Presidência: **ANDRÉ ESTEFAM DE ARAÚJO LIMA** - Promotor de Justiça, Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Assessor da Subprocuradoria Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais - Jurídico - Art. 28

Público-alvo: membros do Ministério Público do Estado de São Paulo e membros do Ministério Público brasileiro.

Inscrições: A inscrição no congresso poderá ser realizada pelo preenchimento de formulário on-line, disponível no site do CEAF/ESMP (www.esmp.mpsp.br). A inscrição somente será efetivada após o recebimento da ficha de inscrição e do comprovante de pagamento da hospedagem, com identificação do depositante/inscrito. Tais documentos deverão ser encaminhados ao Setor de Eventos do CEAF/ESMP, pelo e-mail esmp-eventos@mpsmp.sp.br.

Coordenação Geral:
Antonio Carlos da Ponte
Procurador de Justiça - Diretor do CEAF/ESMP

Realização:

Apoio:



Palestra de abertura - Máfias, Crime Organizado e Organizações Pré-Mafiosas Apresentação: Walter Fanganiello Maierovitch

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo aposentado



Fotos: ESMP

Walter Fanganiello Maierovitch

Boa noite a todos. Em nome de todas as autoridades – os nomes já foram declinados, mas eu faço questão absoluta, em respeito a cada um, de repeti-los, me permitam:

Excelentíssimo Procurador-Geral de Justiça, Dr. Smanio; Excelentíssimo Dr. Antonio Carlos da Ponte, que é o diretor desse Centro e responsável por esse evento; Excelentíssimo Corregedor-Geral do Ministério Público, que nos brindou com uma

excepcional e profunda manifestação, em especial sobre os aspectos da constitucionalidade; Excelentíssimo – e amigo – Dr. José Oswaldo Molineiro, presidente da Associação Paulista do Ministério Público; Excelentíssima Dra. Lúcia Nunes, que representa o Conselho do Ministério Público; Excelentíssima Dra. Liliana Mortari, também do Conselho do Ministério Público; Excelentíssima Vice-Corregedora; Excelentíssimo Procurador-Geral do Mato Grosso do Sul, é

um grande prazer conhecê-lo pessoalmente; amigos Promotores e amigos Procuradores.

Eu fiquei extremamente honrado com o convite de participar desse III Congresso. Costumo brincar que a nossa área é composta por “lombrosianos” e assumirmos isso na brincadeira, evidentemente, me dá muito prazer.

Senhores, vou trazer também algumas questões práticas, como já discuti com nosso Corregedor-Geral enquanto aguardávamos, mas eu queria pedir licença para dar algumas explicações preliminares, uma vez que vou tocar em alguns temas durante essa palestra. Vou falar sobre a magistratura italiana, lembrando que Montesquieu passou longe da Itália, pois lá só temos dois poderes: Legislativo e Executivo, embora a magistratura tenha todas as garantias. Lá, ela é única, envolve as duas funções: a judicante e a de Ministério Público. Quando eu me referir a magistrados, vou falar ou de magistrados do Ministério Público, ou de magistrados judicantes, e especialmente porque vou falar de Giovanni Falconi, que atuou, quer na magistratura do Ministério Público, quer na magistratura judicante, e foi dinamitado pela máfia quando tinha função no Executivo, na elaboração de medidas de contraste ao fenômeno mafioso.

Vou falar também, e gostaria de esclarecer, para não surpreender, da possibilidade – tendo em vista uma decisão da Corte Constitucional Italiana, em razão de não existir Poder Judiciário – de que membros da magistratura poderiam concorrer a cadeiras na Câmara ou no Senado, ou seja, seriam órgãos de um Poder ou do outro. Portanto, nós temos uma quantidade enorme de magistrados no Legislativo, em especial o atual presidente do Senado, que foi um conhecidíssimo e respeitado magistrado antimáfia; ele é siciliano.

Feita essa breve explicação, eu pretendo começar na razão que levou as Nações Unidas a enfrentarem esse problema, ou a tentarem enfrentar esse problema. Convido os senhores para um passeio no tempo com descida em Napoli, na estação de 21 a 23 de novembro de 1994, onde as Nações Unidas, pela primeira vez, enfrentam o problema da criminalidade organizada transnacional sem fronteiras.

O pano de fundo tinha sido a morte do magistrado Giovanni Falconi e, 55 dias depois, do magistrado Paolo Borsellino. O crime organizado, especificamente a *Cosa Nostra* siciliana, declarou guerra aberta ao Estado Unitário Italiano. Isso começa em 92, tem a morte dos magistrados, mas também em maio de 93, nessa guerra contra o Estado Italiano, a bomba em Florença, vizinha à Galeria Uffizi, famosíssima no mundo inteiro com Caravaggio etc., com 5 mortos e 25 feridos; quase que simultaneamente, no mesmo dia – 27 de julho de 1993 – a *Cosa Nostra* siciliana explode uma bomba vizinha ao Duomo de Milão, que é símbolo da cidade com 5 vítimas, 3 fatais; simultaneamente, num intervalo de minutos, 2 autobombas em San Giovanni di Laterano, pertíssimo do bispado de Roma, cujo bispo é o Papa; em San Giorgio di Velabro, com 10 feridos e 2 mortos; e, por pura sorte, uma bomba falhou – tinha sido colocada no Estádio Olímpico de Roma, quando do jogo Lazio e Roma, tipo Corinthians e Palmeiras, falhou o aparelho de telecomando. Esse foi o pano de fundo que leva a Conferência Mundial sobre Crime Transnacional a Napoli. Lembrando que não pôde ser feita em Palermo por absoluta falta de segurança.

Eu gostaria de ressaltar as conclusões dessa Conferência – foram 140 países representados ou por Chefes de Estado ou por Chefes de Governo (Primeiros-ministros):

“Nós, Chefes de Estado e Chefes de Governo, sinceramente preocupados com a enorme força adquirida pelo crime organizado no último decênio e pela sua difusão mundial, que constitui perigo real à segurança internacional e à estabilidade dos Estados soberanos [àquela altura não se falava em atuação em rede, que é característica da criminalidade organizada, atuação reticular] e também alarmados pelo alto preço pago ao crime organizado internacional em termos de vida humana, e, assim, ainda sobre seus efeitos nas economias nacionais...”

Senhores, nós falamos muito em dependentes de drogas; hoje o problema é de outro tipo de dependência no campo do fenômeno das drogas ilícitas – é a dependência de PIB de Estados nacionais, aqueles que têm os PIBs comprometidos, dependentes do tráfico de drogas. Me refiro ao Marrocos, por exemplo, que são famílias e famílias que se dedicam ao cultivo e extração e venda da erva canábica, à Bolívia, à Colômbia e a tantos outros países, e prossegue o documento:

“...preocupados também sobre os efeitos no sistema financeiro mundial...”

E essa conclusão vem com recomendações: a primeira delas – nós já percebemos pela Lava-Jato, aliás, ilustre Procurador-Geral, demoramos para perceber – o magistrado Giovanni Falconi alertava “se o crime é transnacional, não existe qualquer possibilidade de contraste e enfrentamento sem a cooperação internacional”.

Nós fomos buscar agora, felizmente, na Lava-Jato, uma cooperação internacional, em especial

com a Confederação Helvética, que até bem pouco atrás, um *best seller* tinha o título “A Suíça lava mais branco”. Não lava mais! Por quê? Um acordo das Nações Unidas levou a cooperação internacional nos campos do terrorismo, tráfico de drogas e corrupção. Então nós temos esse caminho aberto para melhor enfrentar a criminalidade organizada.

A primeira recomendação, portanto, foi essa: cooperação internacional, conforme ensinou Giovanni Falconi em algo que só foi descoberto depois da sua morte.

A segunda recomendação, e que no Brasil é um desastre, é a seguinte: não legislar com relação a medidas de contraste sem o conhecimento do fenômeno. Voltarei logo mais a tocar nesse ponto, especificamente no que diz respeito aos colaboradores de justiça, onde nós não conhecemos o fenômeno e estamos aplicando com muitos equívocos esses contratos com relação a colaboradores de justiça.

Outra recomendação é o conhecimento, informação, a formação de especialistas, a formação melhor das forças de ordem e atuações preventivas e atuação segura no campo penitenciário.

Esse foi um primeiro momento em que as Nações Unidas começam a reagir. Um segundo momento vem com a conferência de Palermo e que abriu a porta para um primeiro instrumento jurídico internacional para se contrastar esse fenômeno.

Feita essa breve introdução, Excelentíssimo Corregedor, eu me permito a lembrar e entrar no tema “colaboradores de justiça” e apanho uma data e um fato que são fundamentais: me refiro à colaboração nos Estados Unidos de Joe Valachi. Ele fazia parte de uma organização criminosa em Nova Iorque da chamada Máfia Sículo-Norte-Americana (Sículo de Siciliana). Ele tinha uma “sentença de morte” dentro de sua própria organização porque não se sujei-

tava às regras disciplinares. Mas, ele também corria o risco de uma pena de morte por três homicídios no cárcere.

Ele resolve fazer delações e essas delações chegam ao Procurador-Geral da época, Robert Kennedy. Essa delação é a pedra angular por toda a transformação no Direito Criminal Internacional. Ele conta que pertencia a uma organização chamada *Cosa Nostra* e se descobriu depois por que *Cosa Nostra*: era uma terminologia que foi imposta por um chefe siciliano de Nova Iorque chamado Salvatore Lucania, e conhecido na história do crime como Lucky Luciano. Ele funda isto que já foi chamado de Sindicato do Crime e diz: “Esta organização é uma *cosa nostra*” para se distinguir de *cosa di loro* (coisa dos outros).

Luciano morava no último andar – e ocupava todo o andar – do famoso Hotel Waldorf Astorias, e para lá levava orquestras, cantores de renome, como Frank Sinatra e tantos outros, e levava também juízes, procuradores, policiais, para corrompê-los.



Walter Fanganiello Maierovitch

Essa organização que ele criou ganhou muita musculatura, a ponto de ajudar as tropas aliadas no desembarque em 1943 – isso é um fato histórico sem qualquer impugnação, é um fato verdadeiro,

relatado e documentado – na Sicília, com homens da *Cosa Nostra* (porque a máfia siciliana pega esse nome da máfia de Nova Iorque) e com lanternas e um lenço branco com um L em carvão preto, onde as tropas aliadas liam *liberty*, e evidentemente para os soldados da máfia, o L era *Luciano*.

Essa é a força do crime organizado, onde houve a necessidade de se buscar um acordo com ele para um desembarque na Segunda Guerra Mundial. Vejam os Senhores, que se fazer acordo, obter delações, Luciano estava condenado à pena de prisão perpétua em razão dessa colaboração com as tropas aliadas. Ele foi deportado para Napoli, onde lá ficou e morreu.

Valachi fez o relato ao Procurador Kennedy, que o levou para o Congresso dos Estados Unidos onde ele contou tudo o que se passava, e imediatamente se deu ao relato dele aquilo que se chama nos Estados Unidos de “relevância nacional”, que levou à primeira grande e fundamental reforma na política criminal norte-americana. Veio em cima disso por um projeto que leva o nome do parlamentar – a Lei Rico (*Racketeer Influenced Corrupt Organization Act*) – vieram as interceptações, as interceptações ambientais, o fim do segredo bancário, a obrigatoriedade de registro de operações bancárias, o dever de vigilância bancária, a proteção aos colaboradores de justiça, a proteção aos peritos – que aqui isso passa batido e ninguém lembra -, o sequestro de bens e o fim do Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal por parte do Ministério Público, passa a vigorar o Princípio da Disponibilidade.

A chamada Lei Rico, de 1970, acaba com o sigilo bancário. A direção do Banco de Boston resiste e, por uma diligência do Ministério Público, ocorre prisão em flagrante desde o presidente do banco até o último dos diretores dessa instituição.

Vem o dever de vigilância que é importantíssimo, fundamental, e eu insisti tanto com o Ministro Jobim, quando da elaboração da primeira legislação sobre branqueamento de capitais, onde ele dizia que isso jamais passaria. Fizemos um acordo: ele aceitava colocar isso no projeto – e passou – e eu passei a aceitar o COAF, já que eu era um crítico do COAF, achava que deveria atuar junto ao Ministério Público, mas isso é uma conversa longa, e as duas coisas passaram, foram para a lei.

A Lei Rico inspira a Alemanha, que tem sua primeira legislação sobre lavagem de dinheiro e ocultação de capitais em 1981; consolida o antigo princípio do Direito Romano: o da *pecúnia olet*, o dinheiro tem cheiro e, portanto, pode ser perseguido, que vem na expressão norte-americana *follow the money*. Para os Senhores terem ideia, aparecem as agências – hoje nós temos nos Estados Unidos vinte agências de repressão ao crime transnacional, oito agências de inteligência financeira e a principal delas é a conhecida *FinCEN (Financial Crimes Enforcement Network)*; vem a preocupação que está na Convenção de Viena de 88, na qual se declara abertamente que o sistema bancário internacional está sendo usado para a lavagem do dinheiro da droga, e os banqueiros respondem com o “conheça seu cliente antes de celebrar um contrato de conta corrente com ele”; se reforça o dever de vigilância – ora, se eu tenho um contrato de conta corrente com um banco e ele me dá o cobre, um cheque especial, um cartão de crédito com limite, fixa esse limite em vinte, e se eu movimento um milhão, algo de errado está acontecendo nessa conta, e aí o banco se obriga a informar às autoridades.

O COAF é muito importante como agência de inteligência, cuida de dever de vigilância, de registro de imóveis, de *factoring*, de mercado de artes, de metais e pedras preciosas; por que o seu relatório é

pífio em realizações? Porque as conexões que esse órgão tem com o Ministério Público são equivocadas, porque primeiro informa à polícia e depois ao Ministério Público; quando é o inverso, a polícia é órgão auxiliar.

Joe Valachi conta de uma organização que tem hierarquia, órgão de governo, infiltração no poder do Estado, que corrompe. Vejam como as coisas se repetem: o testemunho de Valachi foi acolhido por juristas e pela imprensa com grande ceticismo. Obras foram feitas contra a colaboração de justiça. Se falava em manipulação dessas delações, coisas que a gente ouve agora todos os dias.

Um dos livros *A Máfia Mística*, que foca e faz impugnação a essa forma de colaboração de justiça – essa obra foi recordista de vendas, como *The American Mafia Genesis* também, ou como *Gold and the Mafia* – são críticas do instituto, se pede o fim do instituto dos colaboradores de justiça. Na Itália, os colaboradores de justiça receberam dos advogados o apelido de *pentiti* (arrepentidos), onde se perguntava em audiências quanto era o estipêndio daquele colaborador de justiça, uma vez lá há essa possibilidade de se estipendiar mensalmente, para que a própria pessoa sobreviva – evidentemente, longe do crime.

Esse depoimento do Valachi foi tão importante que o Mario Puzo nele se inspira e escreve *O Poderoso Chefão*, e daí surgem também os filmes dirigidos pelo Scorsese etc. Isso ocorreu em 1963. Na Europa, em 1973, começa a questão da colaboração de justiça com um delator chamado Leonardo Vitale, membro da *Cosa Nostra* siciliana. Ele procura a *squadra* móvel de Palermo e fala dessa organização chamada *Cosa Nostra*, aponta uma quantidade enorme de crimes, os autores, coautores, responsáveis etc. Não se acreditou no que ele disse porque havia a chamada crença na cultura da *Omertà*, a lei

do silêncio que o escritor siciliano Leonardo Sciascia fala que é uma solidariedade pelo medo. E era voz corrente, pois não se tinha delação premiada, se entendia que era impossível em ambiente mafioso, se dizia que um “arrependido” ex-membro da máfia, ou membro da máfia, era um homem morto.

Todos os corréus foram absolvidos. Vitale, à época, foi considerado semi-imputável – vale dizer, aplicava-se o *doppio binário* (pena e medida de segurança). Ele ficou onze anos custodiado, recebeu liberdade em dezembro de 1984, era visto como um homem místico; recebe a liberdade numa sexta-feira e vai à missa no domingo, sai da igreja e é metralhado e morto.

Começa-se a discutir na Europa o chamado Direito Premial, e se vai buscar no século XIX um ensinamento de Rudolph Von Ihering, que nós conhecemos bem no campo do Direito Civil sobre sua doutrina de posse e propriedade. Por volta de 1892, Ihering disse “um dia, os juristas irão se ocupar do Direito Premial e farão isto quando, pressionados pelas necessidades práticas, conseguirem introduzir a matéria premial dentro do Direito, e isto fora da mera faculdade e do arbítrio, delimitando-o com regras precisas e nem tanto no interesse do aspirante ao prêmio, mas, sobretudo, no interesse maior da coletividade. Ele enxergou uma fraqueza do Estado e uma necessidade de se premiar.

A natureza jurídica, evidentemente, é um contrato entre o delator e o Estado. Legitimado para celebrar esse contrato e para conduzir as “delações” é o titular da ação penal pública, que é o Ministério Público. Senhores, eu escrevi isso há dez anos.

Criminalidade Organizada

Criminalidade Organizada é gênero que tem duas espécies hoje no mundo: associações delinquentiais comuns (quadrilhas e bandos) e associa-

ções delinquentiais especiais (1. de matriz pré-mafiosa [PCC] ou mafiosa [tantas organizações que a gente conhece]; 2. de matriz terrorista).

Essas de *stampo mafioso* cabe ao PCC, que já atua nas fronteiras, porém ainda não tem transnacionalidade.

Quem fez essa legislação italiana e que leva essa separação entre quadrilhas e bandos, associações delinquentiais comuns e especiais (de matriz ou mafiosa ou terrorista inversiva) foi um deputado italiano chamado Pio La Torre, morto pela máfia em 30 de abril de 1982 por ter feito o projeto de lei que tipificava essas associações delinquentiais especiais e que está no artigo 416, *bis*, do Código Penal Italiano.

Este artigo é a base de toda a legislação antimáfia italiana e serviu de base, também, à introdução do artigo 41, *bis*, do Código Penitenciário Italiano, que cria um sistema diferenciado, lá chamado de *carcere duro* – e efetivamente duro. Além disso, é criada uma polícia penitenciária que tem várias atribuições: uma é a verificação de sinais de riqueza de agentes penitenciários, de diretores de presídios. Não se tem nenhum caso de celular dentro de presídio rigoroso do artigo 41, *bis*. Visitas íntimas só depois de muito tempo e de progressão do cárcere duro para outro regime.

A Convenção de Palermo veio com base no artigo 416. Só que se entendia à época que havia uma dificuldade de tipificação, e as extradições eram praticamente impossíveis. Vinha um pedido de extradição com base no 416, *bis*, no país onde se pedia não havia o equivalente, então fez-se uma definição minimalista para facilitar as extradições, cuja base é o 416. São organizações cuja ideologia é uma só – o lucro – ao contrário do terrorismo, que sabemos que são várias as ideologias – separatismo, religião etc, mas se parte de organizações que têm poder corruptor, que têm controle de território – controle

de presídio também é controle de território – e tem controle social, e aí, os Senhores que são promotores eleitorais, quem tem controle social tem controle eleitoral. Um exemplo: quando ocorreu a primeira condenação de grandes chefes mafiosos no célebre *maxiprocesso*, houve uma reação da *Cosa Nostra* siciliana. A máfia, tradicionalmente, elegia os candidatos da democracia cristã; quando a máfia rompe com a democracia cristã, porque aquela queria que esta se infiltrasse na justiça e interferisse no julgamento desse *maxiprocesso*. Como não conseguiu, houve o rompimento. A democracia cristã que tinha pouco mais de 80% dos votos da Sicília, passou a ter 30%. Quem tem controle de território, tem controle eleitoral. Precisamos acordar a respeito disso.

São organizações que impõem a lei do silêncio. Essa solidariedade por medo, que definiu o Sciascia, são transnacionais reticulares, como anunciou na abertura dessa Convenção de Palermo o então Secretário-Geral da ONU Kofi Annan. Cria-se um nó de rede que abastece o mundo com armas, drogas, munições etc. Essas organizações são parasitárias, se infiltram e sugam o poder – basta ver obras públicas, contratos e, para lembrar, o prefeito de Palermo eleito pela máfia Vito Ciancimino; atualmente, é ex-governador da Sicília e cumpre pena por associação externa à máfia.



Um dos grandes constitucionalistas italianos e que morre com odor de fascista, porque era o constitucionalista do fascismo, chama-se Santi Romano – tem uma tradução de um livro dele de Direito Constitucional da Forense – diz uma coisa que a gente escuta até o Datena repetir: o poder paralelo. Sobre essas organizações, Santi Romano disse o seguinte: “é um sistema de poder paralelo ao Estado”. Foi ele a usar essa expressão pela primeira vez há mais de setenta anos.

Recentemente, o saudoso grande processualista italiano Giuliano Vassalli, que foi Ministro da Justiça e da Graça, morto em 2009, escreveu: “Estas organizações representam um sistema extra-institucional de controle social, tendente a se sobrepor à autoridade constituída”. Essa me parece a melhor definição de todas que eu já li.

Pio La Torre, em sua exposição de motivos ao projeto de lei, fala em poder de intimidação interno e externo, em sujeição a um código disciplinar e em ética ambígua.

Sobre isso e o *maxiprocesso*, eu li um relato de máfia que procura um chefe de máfia – Lucky Luciano falava em *cosa nostra* e não falava em organizações, mas em famílias, e que não eram famílias de sangue – e fala “eu estou apaixonado por uma mulher”, e o chefe lhe pergunta “mas o que que tem isso demais?” E ele responde “tem um pequeno detalhe que bate no nosso código de ética: ela é casada”, e isso não é possível numa organização de matriz mafiosa. Mas, dado ao desespero, o chefe lhe deu uma solução: mate o marido que ela vira viúva. Esse é um código de ética.

Senhores, eu teria que falar sobre terrorismo, mas o tempo é curto e eu só gostaria de lembrar que no terrorismo, o alvo direto da violência não é o alvo principal. Torres Gêmeas: alvo direto não era o alvo

principal, uma vez que este era a destruição da cultura ocidental.

Hoje vivemos tempos de *cyber* terror e da herança do Bin Laden, que proclamou “faça você mesmo o seu dever”, e nós temos aí os atropelamentos e os crimes.

Ressalto um ponto importantíssimo e que o Brasil atropela isso, quer com relação à Lei de Anistia, quer com relação a casos como Battisti, em especial dado a uma ignorância profunda do então Ministro da Justiça, quer no âmbito da União Europeia, quer no âmbito internacional, Direito Americano, todos os países da União Europeia, Corte de Strasburgo, que diz “nas democracias, não se consideram como de natureza política um delito de sangue, ou de lesa humanidade”. Tem sangue, acabou qualquer defesa no sentido de crime político.

Eu gostaria de encerrar falando alguma coisa muito breve, uma vez que são feitas muitas comparações com a chamada Operação Mãos Limpas que eu acompanhei de ponta a ponta, que começa em 17 de fevereiro de 1992 num mero acaso. O Partido Socialista Italiano à época no poder, Bettino Craxi Primeiro-Ministro, que fugiu para a Tunísia para provar sua inocência, com ordem de prisão, sem foro privilegiado, que isso não existe lá, morreu na Tunísia depois de alguns anos.

Pois bem, essa operação nasce por um acaso, porque um membro do Partido Socialista foi colocado para dirigir um órgão de Estado chamado “Pio Albergo Trivulzio”, é um asilo de 1700. Ele pegava uma parte de todos os contratos de limpeza, fazia o caixa 2 do Partido e a outra parte punha no bolso e mandava o dinheiro para a Suíça, que lavava mais branco à época.

Um magistrado do Ministério Público chamado Antonio di Pietro faz algo que aqui no Brasil seria seguramente considerado flagrante preparado – en-

tão, transportando para cá, a Operação Mãos Limpas já estaria morta porque isso seria flagrante preparado.

Essa operação durou de 1992 a 2002. Foram 5000 investigados, 3200 acusados em processos (com denúncias recebidas), 1254 condenados definitivamente, 429 absolvidos e 424 prescrições, o que dá uma declaração de extinção de punibilidade por prescrição a cada 4 réus.

O que se construiu em cima desse problema? Aquilo que no Brasil o juiz é obrigado a declarar de ofício, que é a prescrição, como todos nós sabemos. Lá se introduziu por uma nova lei a possibilidade de renúncia à prescrição, por um motivo muito simples: vamos imaginar que eu tenho uma acusação grave, com denúncia recebida, mas tenho certeza absoluta que sou inocente. O processo se alonga, pode ocorrer a prescrição, mas eu não tenho interesse nela, e sim na absolvição, no exame do mérito, embora a prescrição seja mérito. Mas eu tenho um direito que foi reconhecido pelas Cortes Europeias a buscar uma absolvição, porque a prescrição leva a uma interrogação; o sujeito morre como morreu Julio Andreotti, sete vezes Primeiro-Ministro da Itália, que não renunciou à prescrição e morreu com o odor de máfia. Há a possibilidade de renúncia à prescrição e na Operação Mãos Limpas, em seu final, já com essa nova legislação. O que Silvio Berlusconi fez, quando a imprensa perguntou “O Senhor vai renunciar à prescrição?”, e ele declarou que não confiava na justiça e, portanto, ele não renunciava à prescrição. Mas é algo importantíssimo que a gente tem que lutar com instrumento novo por essa renúncia. A pessoa, evidentemente, pode renunciar ou não.

Operação Mãos Limpas revelou que a corrupção cria um dano econômico, gera uma degradação moral e ética. Gera a cleptocracia, um Estado no

qual prevalece um sistema político incontrolavelmente corrupto – é o governo dos ladrões.

Um dado recentíssimo de dois meses do Banco Mundial diz que os Estados nacionais onde existe corrupção perdem riquezas de 2% a 4% a menos no PIB.

O Conselho da Europa recomendou e foi criado um grupo chamado Grupo de Estados Contra a Corrupção (Greco). Foi fundado em 1999 por 17 países europeus, depois se abriu a todos os Estados nacionais que quisessem, dentro e fora da Europa. Hoje tem 49 países e o Brasil não integra esse grupo. Lá tem recomendações mínimas, peritos para auxiliar, e a meta é melhorar a capacidade dos Estados na luta contra a corrupção. São feitos monitoramentos, são estabelecidas regras mínimas.

Para encerrar, algo importante: Operação Mãos Limpas ocorreu no norte da Itália, região setentrional, em Milão. Foi apurado pela magistratura do Ministério Público de Milão. Não tem foro privilegiado, mas tem uma fundamental vantagem: não existe um “Moro” em primeiro grau, existe órgão colegiado de primeiro grau – tribunal.

A operação não foi decidida por um magistrado, mas por cinco. Não há exposição do juiz. Evidente que tribunal penal de primeiro grau, depois Corte de Apelo, depois o terceiro grau – lá são três, a Corte da Cassação é a última.

Essa exposição dos juízes não me parece uma coisa do bom Direito. Precisamos urgentemente criar em primeiro grau órgãos colegiados. Foro por prerrogativa de função evidentemente não existe até a

operação em Milão, e envolveu até o então Primeiro-Ministro Bettino Craxi.

Essa operação teve o nome de Mãos Limpas em 1992, quando aconteceu. Depois, falou-se em Mãos Sujas, em *Mani Sporche*, depois em *Mani Alzate* (Mãos Erguidas), isto tudo quando o Estado estava forte, a magistratura do Ministério Público forte. Aí passou-se às chamadas Mãos para Baixo, quando o Berlusconi foi eleito Primeiro-Ministro e depois de 8 meses, a Guarda de Finanças foi corrompida por ele, tendo em vista o interesse das suas empresas, em especial a Fininvest, uma empresa de investimentos. Aí ele renunciou. Nós estamos falando em 1995. Mas, depois veio o período que se chamou de Mãos Livres, onde começaram as solturas pelo tempo de prisão que se alongava sem sentenças com trânsito em julgado. E vem, finalmente, o período de 2002 com o retorno do Berlusconi, e aí se tem a chamada Mani Mozzate (Mãos Cortadas).

E o que levou à volta do Berlusconi? Uma população que se cansou da operação. Saverio Borrelli, Procurador aposentado, diz que a operação foi importantíssima, principalmente na preservação do Estado Democrático de Direito contra a cleptocracia, mas que a corrupção não acabou e não vai acabar nunca e, por isso, as fiscalizações, o papel da magistratura e do Ministério Público tem cada vez uma importância maior no Estado Democrático de Direito.

Muito obrigado!

Painel I - O Processo Penal Contemporâneo, Proteção Jurídica Suficiente e Ministério Público

Apresentação: Valderez Desdedit Abbud

Procuradora de Justiça Criminal do MPSP



Paulo Penteadó Teixeira Júnior, Valderez Deusdedit Abbud, Romeu Galiano Zanelli Júnior e Felipe Locke Cavalcanti

Bom dia a todos! Inicialmente quero cumprimentar o excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça e o excelentíssimo Senhor Corregedor, que estão presentes neste congresso da maior relevância e importância porque vão se discutir os rumos e as estratégias da justiça criminal no nosso Estado.

Quero cumprimentar também o Dr. Antonio Carlos da Ponte e o Dr. Oswaldo Molineiro, que vêm fazendo uma parceria num trabalho pioneiro dentro

do Ministério Público, demonstrando que essa união só pode trazer frutos para o Ministério Público ser uma instituição ainda mais forte e desempenhar ainda melhor sua tarefa constitucional.

Saúdo a todos os colegas aqui presentes e aos meus colegas de bancada Paulo, Romeu e Felipe.

Sem mais delongas, tentarei ser concisa para analisar essa questão da maior relevância que é a justiça criminal, nossa tarefa, nossa atribuição criminal.

Primeiramente, além da função constitucional do Ministério Público, nas demais funções nós somos colegitimados, nós não somos autores titulares exclusivos. Será que essa condição privilegiada e forte que nos foi atribuída pela Constituição está sendo executada a contento? Nós estamos fazendo um trabalho para a sociedade? Estamos dando à sociedade uma efetividade do nosso serviço, uma eficiência do nosso trabalho?

Os números são alarmantes e todos conspiram contra nós, porque não adianta atribuímos toda a responsabilidade da ineficácia da repressão criminal à polícia ou ao juiz liberticida. Não, nós fazemos parte do aparelho repressivo do Estado, nós detemos uma parcela da soberania do Estado. Portanto, somos responsáveis também pelos resultados que estamos tendo, que são alarmantes, ruins e não diferenciam do passado. O Ministério Público, na área em que é titular, vem há alguns anos desempenhando um trabalho de resultado menos efetivo do que as demais áreas do Ministério Público adquiridas nesse novo perfil – que já não é tão novo – em 88, na Constituição.

Sobre como se tornar mais efetivo, quais estratégias, criam-se gabinetes de Promotoria com investigações próprias, acho que tudo isso os colegas de primeiro grau vão falar. A mim coube falar da atividade criminal de segundo grau. Como é que nós, no segundo grau, podemos atuar de maneira a dar à sociedade uma resposta à altura do que ela espera de nós, à altura da fortaleza e da grandeza da nossa instituição.

Desde que ingressei no Ministério Público – e lá se vão quase quatro décadas – eu escuto as seguintes assertivas: “vamos valorizar o trabalho da segunda instância”; “vamos dar outra diretriz para o trabalho do Procurador de Justiça”; “vamos atuar junto aos tribunais para que tenha maior efetividade o trabalho do Procurador de Justiça”. Em suma, há 37 anos eu escu-

to algo cuja resposta é simples: é a absoluta desnecessidade do trabalho do Procurador de Justiça.

Respeito o posicionamento de todos que sei que é contrário, porque as minhas teses, como eu disse agora há pouco, não são controvertidas, elas são quase solitárias, já que eu proponho a extinção da figura do Procurador de Justiça desde que eu ingressei no Ministério Público. Há 22 anos eu exerço a função de Procuradora de Justiça, nesse tempo foi fortalecendo ainda mais a crença que eu tinha, que é mesmo cruel você chegar ao topo da sua carreira, com a experiência que a vida e a profissão nos deram, com a maturidade que o tempo trouxe, você dispensar o trabalho num papel que é dispensável do processo.

É verdade que a figura do Procurador de Justiça tem sua *ratio*, seu nascimento na equiparação com o Judiciário. Naquele tempo em que o Ministério Público não era uma instituição tão forte, tão solidificada e tão importante socialmente reconhecida. Ela teve sua razão de existir. Agora, eu pergunto: será que hoje, no século XXI, nós ainda temos de ter como paradigma o Poder Judiciário na equiparação de trabalho e dar ao Procurador de Justiça essa tarefa vergonhosa, dispensável e que não é lida?

No passado, nós éramos assessores qualificados de Desembargador. Eles não tinham esse gabinete que têm hoje. As coisas foram evoluindo para eles, hoje em dia têm um gabinete muito bem estruturado, então o Procurador de Justiça passou a ser o assessor do assistente, porque agora é o assistente que pega os seus pareceres e se dão à ousadia e ao disfrute de ter uma relação de Procuradores “esse aqui eu leio, esse eu não leio, esse eu faço, esse eu não faço”, porque nem mais isso é feito, de modo que eu pergunto: será que a sociedade, nestes dias de desesperança em que nós vivemos, neste tempo em que existe essa sanha quase incontrolável de seg-

mentos da sociedade querendo desconstruir as instituições democráticas, o Ministério Público e o Judiciário por motivos torpes? Será que isso ainda não nos expõe mais? Porque sabemos que essa procura de desconstrução da nossa instituição é motivada por temas escusos, mas isso nos expôs muito. Expôs nossas fraquezas e uma delas é a sociedade tomar conhecimento de quanto ganha um Procurador de Justiça para fazer o que ele faz.

Na semana passada eu fui fazer uma sustentação oral no tribunal, era um recurso de Promotor do Júri; parecerista deu o parecer contra o Promotor (na verdade, se eu fosse Promotora do caso não teria recorrido). Eu fui Promotora do Júri muitos anos e tinha ódio quando estava em plenário e o advogado falava “olha aqui, seu chefe falou que você está errada!”; pensei em sustentar a tese do colega porque vai que essa câmara aceite e mande para novo júri, pelo menos eu não desgraço tanto o processo para ele, vai ficar marcado “sustentação oral foi a favor do recurso”. Nem deram provimento, embora tenham me ouvido com educação.

Isso eu trouxe de exemplo para refletirmos que temos de deixar de lado esse dogma, esses temas intocáveis sobre a figura do Procurador de Justiça em segundo grau. As pessoas não gostam de discutir, eu digo que não tem sentido, isso é o samba do crioulo doido, é o teatro do absurdo que nem o Pirandello. Você pode ter quatro posicionamentos do Ministério Público no mesmo processo! Ora, o Procurador também tem a independência funcional, então quando ele vai com outro Promotor, os Promotores ficam com raiva, mas ele também tem independência funcional. Aí o que vai fazer sustentação pode ter outra posição, o que vai tomar ciência do acórdão pode ter outra posição; isto não se sustenta. O princípio da independência funcional, que é tão caro e tão importante para

nossa instituição, nós também temos de enfrentá-lo para adequá-lo a um mínimo de segurança jurídica.

Tem Procuradores ótimos que fazem pareceres excepcionais; tem aqueles que fazem o parecer universal, que serve para estupro, pronúncia, falência etc.; tem também Promotor ruim, tem Procurador ruim, tem gente boa de todos os lados.

O Procurador que vê o processo na área criminal está refazendo a instrução, tem que ouvir todos aqueles discos insuportáveis porque há sentenças que dizem que o réu confessou, quando na verdade não o fez; então tem que olhar toda a prova e para isso perde um tempo enorme, nós somos consumidos pelas pilhas com comprometimento da qualidade do serviço, sem falar nas discussões que somos obrigados a travar no processo – isso já foi afastado pelo Supremo – sobre a paridade das partes, porque o Procurador fala e depois tinha que falar a defesa, o Supremo já afastou, mas de uma forma enviesada dizendo que nós somos *custus legis*, o conceito de Ministério Público traz o *custus legis*, Promotor é *custus legis*, mesmo fazendo acusação. Está na essência da nossa função; não é justo com a sociedade, não é justo com o profissional.



Paulo Penteadó Teixeira Júnior, Valderéz Deusdedit Abbud, Romeu Galiano Zanelli Júnior e Felipe Locke Cavalcanti

Minha proposta é realmente a extinção da segunda instância porque os fatos estão mostrando a desnecessidade do nosso trabalho. No mês de julho, o Conselho Nacional do Ministério Público editou uma resolução autorizando que o Procurador de Justiça reitere a manifestação do Promotor, que por sua vez já reiterou a dele mesmo. Se o Conselho Nacional permitiu isso, é porque ele compreendeu também a desnecessidade de perder um profissional dessa qualificação para fazer esse tipo de serviço.

Em 2016, o Tribunal de Justiça restabeleceu uma resolução de 2011 sobre julgamento virtual, o qual não tem a previsão da presença do Ministério Público de segundo grau nos julgamentos.

Em uma outra resolução que eles fizeram em abril de 2016 e que foi suspensa, nem se deram ao trabalho de abrir um *chat* para o Procurador participar; ainda há uma outra, que foi suspensa, que não previa o Procurador de Justiça nem para elaboração do parecer, já ia para o relator, este já distribuía, mandava à mesa sem o parecer do Procurador. Suspenderam, pois aí não é só uma questão de utilidade da figura do Procurador, mas também é uma questão legal.

Eu acho que até o ano que vem o foro por prerrogativa de função vai acabar – mais um enfraquecimento para a segunda instância do Ministério Público. Eu brinco com o Jorge Maluly, da turma da Competência Originária, e digo que eles perderam o emprego.

São fatos e circunstâncias que a própria sociedade vai criando para demonstrar que essa função não tem razão de existir. Eu me lembro do nosso querido colega Visconti, aposentado, que sempre comentávamos sobre isso. Ele falava para mim “Valderez, não adianta arrumar ocupação útil para Procurador, temos de saber que não existe essa função”. Estou falando da área criminal, eu não quero entrar na seara das áreas dos difusos. Atuo a vida inteira no

crime, então estou falando da minha Procuradoria, de como a gente atua.

Como eu disse, há pareceres excepcionais, mas não são lidos. São elogiados até, mas não são nem acolhidos, não mudam o voto do Desembargador porque este não lê; e se lê não vai acolher, porque já está pronto.

Por tais razões eu não vislumbro outra saída a não ser a extinção gradativa desse cargo: aposentado um, renomenclatura para o primeiro grau e assim vai. O Promotor pode recorrer, ele tem de fazer como a Defensoria Pública, pode ir até o Tribunal, até o Supremo Tribunal Federal e o Procurador limita seu trabalho ali. São poucos os casos em que o Procurador vai até outra instância, isso quando o Promotor o procura, pois também não há interesse do primeiro grau nessa interação de trabalho, ao contrário, acho que ultimamente está havendo uma briga entre primeira e segunda instâncias – isso não leva a nada, nós temos que unir esforços para dar uma efetividade de trabalho para nossa sociedade, que é a destinatária da nossa função e é a que nos paga o salário, e nós temos que mostrar um trabalho efetivo à altura do povo de São Paulo.

Então, essa é a minha proposta. Porém, como não quero ser a profetisa do caos, eu só sei que do jeito que está não dá, não é mais possível continuar. Temos de fazer algumas alterações enquanto não se muda completamente a função de segundo grau.

Na minha Procuradoria, já estamos discutindo fazer um tipo de especialização. Isso já foi tentado em 2010, mas houve brigas e não saiu nada. Me lembro que na época me inscrevi para o júri e para a violência doméstica. Mas agora o pessoal está mais empenhado, porque não adianta, tem de especializar. Você não pode ter um parecer universal; quanto mais especializado for, mais domina

a matéria. Eu acho que essa é uma proposta interessante.

A outra proposta é vincular o Procurador à Câmara de julgamento. Nossa colega Tereza foi pioneira numa experiência que não deu certo – teve briga, confusão – mas a gente tem de superar tudo isso. Ela dizia que era eficiente mesmo, que trazia um melhor resultado porque, estando o Procurador vinculado a uma Câmara específica, ele ligava para o colega, perguntava se queria que recorresse ou não, ficava de uma forma mais próxima ao processo, dando uma maior efetividade.

Essa é uma outra questão que acho que nós da Procuradoria Criminal podemos fazer para melhorar a eficiência do nosso trabalho, que é a especialização e a vinculação e também criar um canal de comunicação com os Promotores de primeiro grau para que nos procurem para aqueles processos que não estão evidenciados, o colega da comarca pode dizer “olha, não está nos autos, mas tem isso, isso... tem muita coisa”. Eu, como sou enxerida, já liguei para colega e já perguntei, porque você sabendo de certas coisas que estão por trás, você tem mais solidez no seu discurso. Por isso temos de ter esse canal de comunicação.

Há processos importantes para o Ministério Público, então cabe ao colega sinalizar isso, para que seja feita sustentação oral em cada um deles. Podemos inclusive fazer um memorial e enviar à casa do Desembargador para lhe mostrar a importância desse processo para o Ministério Público. Isso eu fiz quando trabalhava na Competência Originária.

Essas medidas podem dar uma ocupação um pouco mais útil ao Procurador, mas isso não me con-

vence sobre a necessidade da extinção da segunda instância. Eu acho que temos de enfrentar esses temas com o pé na realidade e saber que não existe nenhuma tese que seja inatingível. Sei que vamos demorar muitos e muitos anos para pensar nessa possibilidade, mas o que eu quero é dizer o seguinte para encerrar: acho que não podemos mais ter aquele pensamento das centúrias passadas e ficar focado no Judiciário. Hoje nós nos assemelhamos muito mais ao advogado, ao defensor do que ao magistrado; e nós, se não tomarmos nossa posição com seriedade, se não enfrentarmos as questões – nós já estamos sendo anulados em muita coisa pela Defensoria Pública, que conseguiu se solidificar na sociedade mercê desse empenho. Portanto, não é equiparação, não são bases e diretrizes salariais que podem nortear o Ministério Público, e sim a eficiência e a eficácia do nosso trabalho. Isso nós devemos ao povo de São Paulo.

Os insurrectos é que fazem a sociedade andar, é que fazem a sociedade se transformar. No começo, as pessoas resistem, mas com o passar do tempo as novas teses terão de ser enfrentadas por nós, sem medo. Felizmente vivemos uma era democrática dentro e fora do Ministério Público, que você pode externar sua opinião sem ter nenhum problema de punição, de delito de opinião. Fale o quiser, será acolhido ou não; pode não ser hoje, pode não ser amanhã.

Acho que este congresso tem a grande missão de fazer, de brotar teses, estratégias e maiores instrumentos para que nós possamos dar ao povo de São Paulo a prestação a sua altura, que ele merece.

Muito obrigada pela atenção de todos!

Painel I - O Processo Penal Contemporâneo, Proteção Jurídica Suficiente e Ministério Público

Apresentação: Felipe Locke Cavalcanti

Procurador de Justiça aposentado, Coordenador do Departamento de Assuntos Institucionais e Parlamentares da Associação Paulista do Ministério Público



Paulo Penteadó Teixeira Júnior, Valdevez Deusdedit Abbud, Romeu Galiano Zanelli Júnior e Felipe Locke Cavalcanti

Bom dia a todos! Gostaria de cumprimentar Dr. Antonio Carlos da Ponte, que gentilmente nos fez este convite para estarmos aqui, parabenizando a ele por esse evento magnífico e toda sua equipe que aqui se encontra presente, bem como o Dr. José Oswaldo Molineiro, presidente da Associação que também auxiliou na concretização desse evento; Senhor Procurador-Geral Dr. Gianpaolo Poggio Smanio, que também participa desse evento e traz contribui-

ção fundamental, além do nosso Corregedor-Geral Dr. Paulo Afonso Garrido de Paula, que faz um trabalho impecável.

Gostaria também de, na pessoa da Dra. Lilianna Mercadante Mortari, cumprimentar a todos os membros do Conselho Superior do Ministério Público aqui presentes; gostaria de cumprimentar também o Dr. Márcio Christino, membro do Conselho Superior, meu colega de gestão na Associação Paulista

do Ministério Público, e gostaria, sobretudo, de cumprimentar a Dra. Valderez Abbud, pela excelente palestra e dizer o seguinte: que sua exposição lembrou muito do que eu falava há um pouco mais de seis anos quando fui candidato a Procurador-Geral, porque todos nós sabemos que é um sistema esquizofrênico que não funciona; na Procuradoria Criminal, um Procurador dá um parecer, um segundo participa da sessão de julgamento, um terceiro toma ciência e um quarto fica a cargo do eventual recurso, ou seja, quatro pessoas para exercer uma função, ninguém exerce e ela não funciona. Então, a realidade está aí e não nos deixa mentir. Parabéns pela sua lúcida e impecável palestra, que muito nos anima saber que existe quem pense sobre uma realidade nova e necessária no Ministério Público.

Gostaria de cumprimentar o Dr. Paulo Pentead, que foi nosso diretor de Relações Públicas e posteriormente diretor-secretário da Associação Paulista do Ministério Público, que faz um trabalho impecável, sobretudo na questão previdenciária, e é aquela pessoa incansável. Eu me lembro que um dia falei “Paulo, nós precisamos mudar o Conselho Nacional do Ministério Público porque é um absurdo, são 26 Estados, só têm três representantes, o Ministério Público da União, que tem quatro ramos, tem cinco representantes”. Isso é um absurdo! Dei umas ideias e o Paulo concatenou tudo num anteprojeto, levamos a um deputado, colhemos as mais de 180 assinaturas, foi para uma comissão especial, o relator gostou das ideias do Paulo, que deu contribuição essencial; resultado: o projeto já está aprovado na comissão especial, só basta ir a plenário. Um projeto que garante uma representação adequada pros Ministérios Públicos Estaduais, com seis membros, sendo um de cada região do Brasil e mais um representante escolhido pelas Associações, ou seja, um

mecanismo de representação dinâmico e eficiente e o reconhecimento importante que o Ministério Público de Contas também faz parte da nossa estrutura, porque é algo fundamental para que nós fortaleçamos o Ministério Público como um todo.

O Judiciário deveria pensar melhor em ter sob seu controle os Tribunais de Contas, que ganharam uma importância muito grande: são inicialmente tratados como órgãos auxiliares das Assembleias Legislativas, mas na realidade hoje têm uma importância muito maior e muitas vezes um descontrole muito grande, com problemas graves como nós assistimos no Rio de Janeiro, onde praticamente todos os conselheiros foram presos. A população não entende porque ela fala “tribunal é tudo a mesma coisa”, até tribunal esportivo passa a ser mais importante. A gente precisa tomar esse cuidado e dar uma roupa importante ao Ministério Público.

Mas eu gostaria de enaltecer a pessoa do Paulo e dizer que vocês serão brindados com sua exposição, que certamente será muito melhor do que a minha. Eu fiquei espremido entre a magistral aula da Valderez e o Paulo, então estou perdido aqui no meio, mas estou perdido entre amigos, então a gente está em casa.

Também quero dizer da honra de estar ao lado do Romeu, que coordena os trabalhos e está substituindo à altura nosso querido Rogério Sanches, que infelizmente não estava em condições de saúde para estar aqui ao nosso lado, e o nosso querido Vicente Greco. Muito obrigado, Romeu.

Indo diretamente ao tema que nos coube, e agradecendo ao Ponte por essa possibilidade de inserção desse ponto, me parece que este hoje é o ponto mais importante da vida institucional do Ministério Público: as delações criminais.

Eu vou fazer uma breve resenha sobre um aspecto que será necessário para entendermos o

passado e vislumbrar um futuro melhor para nós. Quando nós falamos em delação, nós temos que remontar às Ordenações Filipinas e pensar em quem era o Promotor de Justiça em Portugal na época do descobrimento e na época do Brasil colônia. O Promotor de Justiça era o Promotor do rei, era o homem do rei que exercia o poder em nome do rei.

Em qual crime as Ordenações previam a delação criminal? No crime de lesa-majestade, porque a figura do rei é fundamental, então vale tudo para salvá-lo. Isso esteve em vigor por mais de 500 anos.

Quando Tiradentes participou de um movimento contrário à coroa, evidentemente houve uma delação. Joaquim Silvério do Reis, um coronel, foi o delator. Claro que ele é o grande traidor e esta é a imagem que nos foi passada. Para o rei ele é ótimo, pois entregou a Conjuração Mineira, resolveu o problema, Tiradentes foi esquartejado e bola pra frente, vamos coletar os impostos.

Aqui eles vão fazer a mesma coisa com o Ministério Público: vão coletar os impostos, vão acabar com a previdência, vão resolver com tudo e a delação parece que não está a favor do rei, mas estaria a favor da sociedade, o que é um entrave.

Então nós já temos um problema no nosso modelo atual de delação porque ela não está a favor dos homens que ocupam o poder. Isto é um problema muito grave porque, se durante mais de 500 anos houve delação, ninguém questionou porque era a favor do rei, ele mandava e obedecia quem tinha juízo.

Durante toda a República, com a independência do Brasil, nós tivemos um primeiro surto democrático antes do estabelecimento da primeira constituição quando o Ministério Público, talvez até focado no absolutismo, tinha poderes inclusive sobre a polícia e nós tínhamos um embrião de processo acusatório. Depois, nós tivemos a instauração do processo

inquisitório e o Ministério Público ficou relegado a um papel secundário.

Na República Velha, houve um conflito cada vez mais presente entre Ministério Público e autoridade policial. Para terem uma ideia, no final da República Velha, em 1929, o Procurador-Geral do Distrito Federal – que exercia cargo fundamental naquela ocasião – foi destituído porque resolveu investigar o chefe de polícia. Depois houve a Revolução de 1930 e o Dr. André Faria Pereira foi reconduzido ao cargo. Esse foi o primeiro embrião do Ministério Público moderno, ou seja, um Ministério Público investigativo que se previu. Getúlio Vargas, apesar de ditador, permitiu o surgimento de uma estrutura um pouco melhor de Ministério Público; tanto é que a estrutura do Ministério Público independente de São Paulo surge em pleno Estado Novo em 1939. Vejam que paradoxo: precisamos de um ditador para ter um Ministério Público um pouco mais democrático.

Em 1946, o Ministério Público ganha uma roupagem muito importante em São Paulo, mas não se fala ainda em delação. Ele ganha status de magistratura, ou seja, o Ministério Público em São Paulo deixa de advogar e passa a ter proventos iguais ao do magistrado. Isso é muito importante porque dá uma garantia melhor à carreira.

Àquela época, falava-se muito que o Ministério Público foi importante porque denunciou e conseguiu condenar no Tribunal de Justiça de São Paulo um ex-governador. Na verdade, só fez isso porque o sucessor do governador era adversário do governador que perdeu a eleição, que era o Adhemar de Barros. Então, seu sucessor brigou com o Adhemar e queria que o Procurador nomeado por ele conseguisse sua condenação, o que de fato foi feito, mas não era uma grande vitória como nós desejaríamos, pois na verdade mostrava ainda uma vinculação per-

manente entre o Ministério Público e o Poder Executivo. Essa vinculação infelizmente continua em graus diferentes pelo Brasil afora em muitos aspectos.

Nós temos uma preocupação muito importante que surge no início da década de 90 porque, no regime militar, houve um afrouxamento muito grande para proteger um determinado Delegado de polícia que era o Delegado Fleury, e aí nós tivemos a edição da denominada Lei Fleury, que garantiu a liberdade provisória sem fiança, modificações no júri e o enfraquecimento do sistema de segurança, que a princípio foi muito questionado pelos advogados e depois foi louvado por eles como sendo algo muito importante, muito democrático. A verdade é que nós temos o afrouxamento muito grande e nós temos uma confusão com a edição da Constituição de 88. Esta não foi a favor do crime, não previu que a criminalidade será melhor tratada, que a polícia vai ter menos poder. Ela colocou certas coisas nos trilhos, ou seja, não há mais mandado de busca e apreensão expedido pela autoridade policial, há um processo acusatório na Constituição Federal e não há mais processo inquisitório na Constituição Federal.



Felipe Locke Cavalcanti

É claro que, com a Constituição de 88, muito embora ela seja autoaplicável, você não muda as práticas forenses do dia para a noite. Então, esse processo está em mutação e o Ministério Público acaba tentando exercer sua soberania estatal. Se eu sou titular da ação penal, eu preciso dizer qual ação é interessante e como é que eu vou conseguir concretizar o desejo do Estado – e aí entra a história da delação.

Nós tínhamos um problema em 1990, um recrudescimento do crime e uma queixa muito grande, sobretudo da polícia, porque até 88 a polícia podia fazer prisão para averiguação. Na verdade, nunca pôde, isso é um absurdo, mas fazia-se, pegava o sujeito que estava andando, prendia-o, ele contava que havia feito alguns roubos, pegavam o BO na polícia, chamavam as pessoas para fazer reconhecimento, elucidavam 30, 40 roubos. Era assim que funcionava, era o processo científico de então. Evidentemente, esse processo não tinha base legal nenhuma, eram usos e costumes enviesados. Isso deixou de existir e a população reclamando porque o crime está aumentando; começou a ter muita extorsão mediante sequestro, denominado pela mídia de sequestro.

No governo Sarney surgem duas leis para tentar sanar esse problema: uma que prevê a prisão temporária, que era a prisão para averiguação ganhando uma roupagem. Tecnicamente, poderíamos admitir essa prisão temporária como aquela quando você não tem indícios de autoria e materialidade suficientes do crime, que são requisitos essenciais para a decretação da prisão preventiva. Você precisa prender alguém e precisa elucidar o crime, surge a prisão temporária admitida em apenas alguns casos e ao mesmo tempo surge a Lei dos Crimes Hediondos, em 1990, que prevê uma forma de delação e uma minoração da pena em alguns casos específicos. É evidente que não funcionou porque não se conse-

gue que o integrante de uma quadrilha organizada para cometer extorsão mediante sequestro ou tráfico de entorpecentes dedure alguém, porque ele vai se tornar na cadeia o chamado “X9” e vai estar morto no dia seguinte. Então é isto o que acontece, nós bem vimos ontem na palestra do Maierovitch, o mafioso que entregou o primeiro, evidentemente no dia em que ele saiu da cadeia e foi à missa, foi morto na sequência e é isso o que aconteceria aqui. O sucesso dessas delações foi nenhum.

Nós temos uma ideia importante que, concomitantemente com o incremento do tráfico internacional de entorpecentes – pois este implica em lavagem de cifras astronômicas e estas cifras não são só usadas para o tráfico de entorpecentes, como são usadas também para o terrorismo internacional – temos a edição de mecanismos para impedir a lavagem de dinheiro. Isto começa a ter repercussão internacional, sobretudo após o 11 de setembro. Ocorre uma mudança muito importante na lei internacional que regula o mercado financeiro, de bancos (Tratado de Basileia), em cima do Tratado de Palermo, que foi mencionado ontem, ocorre uma modificação mundial que vai permitindo as delações no campo internacional e o Ministério Público exercendo parcela importante da soberania estatal, porque ele não faz nada mais do que exercer soberania quando faz um acordo de delação; realiza um negócio jurídico no qual ele dá um prêmio e com isso elucida o crime mais importante.

É evidente que no Brasil isso tem muita importância, essas leis do crime organizado evoluíram. O grande problema da nossa primeira lei de crime organizado é que ela simplesmente não descreveu qual era o tipo, então ficou uma lei em aberto: tinha a delação e não tinha a definição. Na nova lei de drogas, o art. 41 trouxe uma espécie de delação, mas também

não funcionou. Concomitantemente a isso, e este é um problema do Brasil, onde você dá o mesmo direito material observado por vários aspectos para várias entidades tomarem conta disso, então você tem no âmbito administrativo o CADE, a Controladoria Geral da União, a própria Fazenda Nacional, você tem inúmeros agentes públicos com legitimidade para tomar providências, e o CADE vai exercer um papel importante – sua lei de organização prevê a delação premiada em casos em que alguém inserido no cartel seja o primeiro a mostrar este cartel, então esse vai ter um tratamento privilegiado. Foram criados determinados mecanismos que preveem, na esfera cível e na esfera administrativa, a delação. É claro que isso precisa andar junto e o problema é que hoje anda completamente disparatado e o Ministério Público acaba ficando num beco sem saída neste momento.

No entanto, com toda a importância do Ministério Público, nós vamos ver o Ministério Público da União atuando no chamado caso Mensalão, e aí surge algo muito importante que é o poder de investigação do Ministério Público sendo colocado em xeque. Eu estava em Brasília e, durante a história da PEC 37, nós lutando contra aquela possibilidade de retirar a soberania do Ministério Público investigar e ser o detentor da ação penal pública – porque na verdade era isso que se objetivava – um dia encontrei com o Romário, que era então deputado, e ele falou “Doutor, o Sr. é Procurador, né?! Deixa eu te explicar uma coisa: isso aqui é o governo que, por causa do Mensalão, quer acabar com vocês”. Ele foi muito claro e objetivo com aquele jeito mais simples, com aquele ato jurídico do jogador de futebol ele explicou exatamente onde é que estava o gol e aonde a bola estava indo.

Por uma sorte danada nós conseguimos reverter isso, houve um movimento de rua, um aumento

indevido de tarifa de ônibus e a ideia de colocar os cartazes lá com os manifestantes, nos inserimos com eles e conseguimos uma vitória importante, uma vitória defensiva porque o Ministério Público hoje está a reboque dos acontecimentos, esse é o grande problema nosso. Nós não estamos mais sendo atores principais.

O fato é que esse presidencialismo de coalizão que existe no Brasil conseguiu reunir o que há de pior no Congresso Nacional, que são esses partidos feitos para os seus líderes ganharem dinheiro, uma multiplicidade de pequenos partidos, todos com nenhuma identidade político-ideológica, mas sobretudo com o objetivo muito claro de ocupar o espaço público e utilizá-lo da pior maneira possível. É evidente que esse método de governo gerou problema, gerou uma corrupção desenfreada que continua existindo e que tem sido objeto de escândalos rotineiros e o Ministério Público passou a atuar de uma maneira presente nesses casos. Aí nós temos uma resposta do Congresso com a edição de algumas leis: Lei de Corrupção de Empresas e a nova Lei de Organização Criminosa (12.850/13). Essa lei é muito importante porque cria um mecanismo e um rito para que exista a colaboração criminal – de delação vira colaboração.

É claro que o colaborador é um sujeito péssimo porque ele está no meio do crime, convive com os criminosos, comete crime – isto não é novidade alguma. Mas, infelizmente, nossa sociedade é bastante hipócrita.

Essa organização criminosa tem um aspecto interessante, talvez por pressão dos deputados que pertenciam às bancadas ligadas à polícia civil e às forças públicas, ela apresentou uma emenda que foi a inclusão da possibilidade de o Delegado de Polícia poder fazer o acordo de cooperação. Tem-se um problema importantíssimo e este é um dilema que vive-

mos, porque essa preocupação não temos tido com a titularidade da ação penal, pois é evidente que o titular da ação penal é o Ministério Público. Logo, uma medida de natureza cautelar só pode ser proposta pelo Ministério Público. Não é como funciona porque na realidade muitas das medidas cautelares são dadas pelo juízo em função de representação de autoridade policial, ou seja, quem não tem capacidade de postular em juízo acaba postulando e o Ministério Público, até por comodidade, acha muito mais fácil que o Delegado represente: “nada a opor, de acordo” e vamos em frente.

A primeira quebra desse papel surge com a ideia da tramitação direta do inquérito policial entre polícia e Ministério Público sem passar pelo Judiciário. Isto iniciou-se no Rio de Janeiro logo após a Constituição de 88, isso foi questionado no CNJ pelo Ministério Público do Paraná, quando lá resolveu-se fazer também a tramitação direta. Na verdade, o juízo tem que estar inerte, ele não tem que participar da investigação, ele só participa para deferir medidas de cunho cautelar, essa é ideia do processo acusatório e do juízo de garantias, o qual deveria ser centrado na mesma figura, e não numa figura distinta, como se nós pudéssemos desconfiar de um juiz em relação a outro. Aliás, nessa questão do juízo de garantia, o ministro Gilmar se espelha no modelo do DIPO em São Paulo, que é questionado desde sempre pela Ordem dos Advogados do Brasil, que entendia inconstitucional porque aquele não é o juiz do processo, como é que ele defere medidas? Então, vejam o paradoxo e a esquizofrenia do sistema.

O fato é que com esse sistema nós temos a primeira quebra e a necessidade de passar o inquérito diretamente pelo Ministério Público. Primeiro, o Conselho da Justiça Federal adotou esse sistema para a Justiça Federal, isso foi questionado no Supre-

mo sem sucesso pela polícia e o sistema está sendo mantido e ele não funciona em São Paulo porque o Tribunal de Justiça se recusou a fazê-lo e o Ministério Público não se empenou no sentido de obter esse sistema, que para nós seria o pleno exercício do poder porque aí, se é inconstitucional ou não o dispositivo da lei 12.850 que diz que o Delegado pode fazer o acordo de colaboração, ele até pode fazer, mas se ele vai encaminhar o inquérito para o Promotor, este fala “o senhor fez o acordo?, só que eu entendo que não vale, continuo a investigar, não vou levar para o juiz e acabou”. Porque quem tem de levar esta medida é o Promotor de Justiça e há duas correntes doutrinárias, eu entendo que você pode fazer uma interpretação conforme a Constituição para este acordo. Ele é válido desde que o Promotor o encampe, do contrário não vale. Ou seja, quem exerce a soberania é o titular da ação penal, que é quem vai oferecer a denúncia ou não ou vai pedir a benesse.

Aqui surgiu algo importantíssimo que é a previsão do art. 28 do Código de Processo Penal para o caso da rejeição do acordo. É evidente que esse mecanismo está plenamente adequado ao sistema no qual o Ministério Público exerce a soberania e dá a palavra final se vai denunciar ou não alguém. Então, se amanhã é feito um acordo, o juiz diz que esse acordo está inadequado – e ele não pode analisar o mérito, ele tem que analisar os requisitos objetivos do acordo – não atingiu os requisitos objetivos, então manda para o art. 28 e o Procurador-Geral dirá se insiste no acordo ou não. Se insistir no acordo, acabou, o Judiciário não pode se meter.

Claro que o ministro Gilmar Mendes é o primeiro a se insurgir contra esse sistema e por uma razão muito simples: hoje, os acordos têm sido feitos diretamente pelo Procurador-Geral da República, ou seja, pela autoridade máxima do Ministério Público

no âmbito federal. Aí não há mais art. 28, ele deu a palavra final, fez o acordo e acabou, não tem que discutir. Esse é o problema que a sociedade acaba não entendendo porque existe o mega acordo feito, uma pessoa foi lá, fez o acordo e disse “eu estou entregando três presidentes da República, dois ex e o atual, mais não sei quantos parlamentares e eu quero a isenção de denúncia. Não sou o chefe da quadrilha e sou o primeiro a entregar”. Faz-se o acordo e o Procurador-Geral dá a isenção da denúncia, ou seja, dá o perdão em grau máximo.

É evidente que a defesa vai dizer: “esse era o maior bandido do mundo, onde já se viu lhe dar a isenção da denúncia, ele foi morar nos Estados Unidos, está gastando dinheiro, fazendo a gente de bobo, entregou com provas pífias”. Claro que ele esqueceu de dizer que o maior bandido do mundo era o que empregava seu Ministro da Fazenda, que é o todo poderoso, está recuperando a economia, mas era o presidente do banco dele. É o sujeito que era recebido na calada da noite, que patrocinava todas as campanhas. Evidentemente, há muita emoção e pouca técnica na discussão do assunto, o que é muito ruim, já que é um assunto absolutamente novo e precisava ser consolidado – e vai ser consolidado no meio do tiroteio, no meio de uma discussão absolutamente acalorada com interesses políticos e interesses subalternos à flor da pele, onde os congressistas são sobretudo as pessoas que estão sendo investigadas e que estão sendo delatadas, apontadas pelos colaboradores que nada mais eram do que seus parceiros nesta organização criminosa que, infelizmente, tomou conta do país.

É evidente que isso tem reflexos em todos os Estados, e aí nós vamos ao questionamento da eficiência do modelo federativo brasileiro, porque verificamos que em muitos Estados essas práticas já aconteciam e

não havia apurações locais – é o caso do Estado do Rio de Janeiro, onde havia seis conselheiros do Tribunal de Contas afastados, onde o Procurador-Geral não havia tomado nenhuma providência, o ex-Governador que está preso e é recordista em condenações.

Este é o problema que temos hoje na delação premiada e na colaboração – este último é um instrumento fundamental, eu mesmo tive a oportunidade de atuar nesse quadro e, para fechar o que disse a Valdez, nosso parecer não é lido. Outro dia peguei um processo volumoso de um caso de colaboração entregando uma estatal importante de uma das maiores cidades do Estado de São Paulo, onde foi preso o Vice-Prefeito, a mulher do Prefeito, um monte de gente, claro que minha primeira preocupação foi fazer o que a Valdez fez, o primeiro contato com o colega para me inteirar do assunto e poder fazer o parecer, já marcar para eu fazer a sustentação oral porque dei um parecer de mais de 200 laudas – o processo tinha 150 volumes, é claro que se chega o Procurador que não está sabendo, como fará a sustentação lá? Com 20 advogados, todos esse aí que aparecem em todos os casos importantes, você precisa estar a par do que está acontecendo, falei para o

Promotor ir comigo, pois havia feito o processo desde o começo, para termos uma atuação integrada e de fato termos algum resultado. Esta é a dificuldade: manter essas condenações é muito difícil e nós vamos vivenciar nos próximos dias, meses e anos um questionamento permanente a respeito do poder de investigação do Ministério Público e a soberania que exerce, que é a única soberania exercida por nós, ou seja, a titularidade da ação penal. É evidente que todos querem tirar essa soberania porque ela incomoda a muitos, apesar de o nosso trabalho ainda deficiente e muito aquém do desejado, pois ainda não temos uma organização moderna.

Fiz um apanhado no qual procurei retratar a encruzilhada em que vivemos e não desci a minúcias, até porque em meia hora não é possível falar os detalhes da delação, que todos os senhores certamente estudaram a legislação aplicada e sabem melhor do que eu. Queria trazer uma contribuição e uma preocupação a respeito desse tema tão importante que nós temos hoje e que pode significar o futuro da nossa instituição.

Muito obrigado!

Painel I - O Processo Penal Contemporâneo, Proteção Jurídica Suficiente e Ministério Público

Apresentação: Paulo Penteado Teixeira Júnior

Promotor de Justiça, 1º Secretário da Associação Paulista do Ministério Público



Paulo Penteado Teixeira Júnior, Valdez Deusededit Abbud, Romeu Galiano Zanelli Júnior e Felipe Locke Cavalcanti

Bom dia a todos, meus caros colegas de Ministério Público, gostaria de cumprimentar nosso Procurador-Geral de Justiça, Dr. Smanio, companheiro de lutas em Brasília, cumprimentar a Procuradoria-Geral pela providência nesta semana apresentada de solução dos nossos problemas de informática, isto é muito importante para todos nós, é uma grande vitória para o Ministério Público; cumprimentar o nosso corregedor, Dr. Paulo Afonso, que exerce de forma

serena, competente e técnica a espinhosa missão de corregedor do Ministério Público, uma garantia para o Ministério Público, uma garantia para a sociedade de um trabalho eficaz da nossa instituição.

Cumprimentar e agradecer o Dr. Antonio Carlos da Ponte, diretor da nossa Escola, este evento é um sucesso: sexta-feira, de manhã, sol lá fora, e plenária cheia conversando sobre nosso futuro, sobre o futuro da nossa instituição, sobre a efetividade da

nossa instituição e, como bem disse a Valderez, se nós não discutirmos o Ministério Público, se não pensarmos no modelo do amanhã, nós não teremos amanhã, Valderez.

Cumprimentar a assessoria da Escola, meus caros colegas, vocês fazem um *dream team*, que vai possibilitar a construção de uma doutrina de Ministério Público. Isto é muito importante para todos nós, termos o Ministério Público com vocação e formação de Ministério Público. Assim, nós vamos bem representar a sociedade. Meu muito obrigado a cada um de vocês que dedicam o tempo da vida, da família, dos amigos, em prol de todos nós.

Cumprimentar meu presidente, curador, Dr. José Oswaldo Molineiro.

E cumprimentar, pela primeira vez em 23 anos de carreira, minha mãe, que veio ver o filho falar ao vivo, muito obrigado.

Cumprimentar a mesa, Valderez eu já citei, o Romeu, meu amigo de vinte e tantos anos de Ministério Público, e meu amigo e professor Felipe Locke Cavalcanti, com quem aprendi muito em muitos anos de amizade, aprendi não só na Associação Paulista do Ministério Público, mas na convivência com este amigo que vai além de um grande homem com visão política, é também um grande técnico do Direito.

Meus caros, vou falar sobre a nossa realidade, não como uma crítica a cada um de nós, mas uma análise, a análise dos insurretos que não necessariamente são revolucionários ou visionários, mas que se depõem como uma realidade que talvez seja amanhã intransponível.

Estes são números que compilei vida afora, gosto de matemática, de números, e nós precisamos entender esses números para saber a realidade do dia-a-dia do nosso trabalho.

Bem-vindos ao Brasil de verdade! De 1979 a 2015 – o último ano compilado da série – nós tivemos 1.357.209 homicídios. Uma Campinas desapareceu de brasileiros de todos os matizes sociais, religiões, etnias etc.

O Brasil tem 2,95% da população do mundo e concentra 11,5% dos homicídios do planeta e isso nos leva a uma indagação: será que nosso sistema de persecução penal é eficiente? E quando falamos em sistema de persecução penal, nós temos que ler quem são os integrantes desse sistema. É a polícia, é o Ministério Público, é o Judiciário e é também a administração penitenciária. Mas, se todos nós somos veículos de aplicação de algo abstrato que norteia nossa atuação, que veículo é esse? É a lei em sentido amplo. Todos primamos pela legalidade, não existe solução que não esteja na Constituição ou na lei, de maneira que a análise da ineficiência do sistema passa primeiro por perguntar “será que a nossa lei é efetiva?” – e quando falamos no campo de Direito Criminal: “será que nossa lei penal/processual e será que nossa lei de execução penal é efetiva?”. Conseguiremos com esse instrumento normativo trazer a resposta à sociedade? Vejamos.

Esse é um outro estudo feito pela IPEA em 2005 e eu selecionei, de forma empírica, diversas diretrizes em anos não coincidentes e somei o custo de segurança do sistema prisional, do sistema de saúde, perda de capital humano, segurança privada, prejuízos de furtos e roubos. Claro, isso é uma estimativa, com anos diferentes totalizei em 76,9 bilhões de reais e projetei para o PIB do exercício, ou seja, a violência tem um custo mínimo – e evidentemente é muito maior que isso – de 4% do PIB.

Voltando ao homicídio: em 1979, 11.194 casos; em 2015, 58.383 casos. População do Brasil de 118 milhões para 206 milhões; de 9,44 em cada 100

mil habitantes para 28,34. A população aumentou 33,80% e os homicídios, 522%.

Mortes na guerra civil de Angola em 27 anos: um milhão.

Homicídios no Brasil – média: 60 mil casos/ano.

Soldados norte-americanos mortos na Guerra do Vietnã de 1965 a 1973: 50 mil – e todos sabem que a Guerra do Vietnã levou a uma mudança do sistema político norte-americano.

Nós nos conformamos com essa realidade. Aqui talvez tenha *Watergates*, talvez tenha o *impeachment*, mas não há uma mudança comportamental da nossa sociedade.

Este foi um estudo que fiz em 2008: comparei os dados da Secretaria de Segurança Pública com os dados feitos pelo Ministério Público, bem tabulados pelo Alexandre, é só uma estimativa, o número de casos de roubos registrados em São Paulo.

Peguei um trabalho do IPEA que apontava que em casos de roubo havia uma subnotificação de 65,78%, projetei o número possível de roubos no Estado, peguei o relatório do Ministério Público de 2008, no qual havia o número de denúncias por roubo e apontava também a média de sentenças absolutórias e condenatórias do Estado de São Paulo.

Número de sentenças condenatórias: uma projeção de 13.616, de maneira que ter-se-ia a condenação aproximada em 4,99% dos casos de roubo registrados ou de 1,07% dos casos totais de roubo, se formos considerar a subnotificação. Ou seja, a cada 100 roubos havidos no Estado – e faço uma ressalva que São Paulo tem a melhor polícia do Brasil, eu não estou criticando integrantes do sistema, é uma análise do próprio sistema – 1,07 resultava em condenação.

Gilberto Dimenstein fez uma matéria na Folha de S. Paulo que apontava que, segundo índice da Polícia Civil, a solução de roubo seria de 2,02% dos ca-

sos havidos, o que mostra uma simetria de grandeza entre essas proporções.

Imagine se o legislador falasse para o contribuinte brasileiro: se você for sonegar, você tem 1,07% de chance de ser pego sonegando – é um bom negócio. E se eu for pego sonegando, o que acontece? Vamos voltar um pouquinho para o crime, se for um juiz linha dura que aplica o regime fechado, em 10 meses – de 5 anos e 4 meses – o condenado sai do sistema prisional pela porta da frente pelo regime semiaberto de hoje, que foi na verdade transformado em um regime aberto, ou seja, 1,07% de chance de ser pego cometendo a infração e se você for pego cometendo a infração, 16% efetivo da pena.

Voltando ao contribuinte: se você sonegar, tem 1,07% de chance de ser pego e se você for pego, paga 16% do imposto devido – seria o melhor negócio do mundo. Isso quebraria as finanças do país.

Saindo do Direito Tributário e indo para o Direito Processual Penal, isso quebrou a segurança pública do nosso país. O sistema não é eficiente, porque não consegue apurar, e não é eficaz, porque a punição é timorata, pequena, não contribui para um dos efeitos da pena que é desestimular a delinquência.

Um relatório da ONU de 2008 fala que “no Rio de Janeiro e em São Paulo apenas 10% dos homicídios aproximadamente são levados a julgamento. Em Pernambuco, esse número é de aproximadamente 3%; dos 10% dos casos julgados em São Paulo, aproximadamente 50% levam à condenação”. O que reforça aquela situação de antes aqui já vista.

Esta é uma projeção que eu fiz com base em dados do Ministério Público, que demonstram a efetividade na persecução do homicídio, resultaria

em condenações pelo Tribunal do Júri onde pode haver a desclassificação de 20,09%.

Saindo do Direito Penal e do Processo Penal vamos para o finalmente: condenou; semiaberto; quase 60% de evasão do sistema.



Apenas um parêntese: um dos processos mais difíceis em que trabalhei na minha vida, não sob o ponto de vista jurídico, mas sobre a realidade das vidas que se envolviam naquele processo, foi um roubo havido na capital, uma residência de um médico onde vários familiares tinham necessidades especiais. Foi um crime monstruoso, bárbaro, pela situação daquela família. Não houve lesão grave nem latrocínio, mas uma situação muito difícil. Terminada a instrução do processo, dada a sentença, a juíza – muito competente – os condenou a 12 anos de reclusão pela prática do roubo. O médico esteve em meu gabinete, me agradeceu e me perguntou em quanto tempo os réus estariam na rua. No máximo 2 anos. É muito difícil você olhar fundo no olho de alguém e saber que essa pessoa terá, talvez, 2 anos de tranquilidade. Essa é a nossa realidade da persecução penal de hoje.

Projetando aqueles 4% do PIB para o PIB de 2016, um custo de 250 bilhões de reais por ano. Temos um sistema que não é eficiente, nem eficaz.

Eu estava até agora infernizando o Márcio Christino pelo celular porque ele desenvolveu um trabalho na APMP junto com o Felipe, encaminhou-o para a Conamp e talvez agora haja um momento em que esse trabalho consiga vicejar no Congresso Nacional, que é a análise do *plea bargain*.

O que é o processo? É um instrumento, não uma finalidade. Um instrumento para a aplicação da lei penal. Esta é uma mão do processo penal; a outra mão do processo penal é assegurar as garantias individuais de cada um de nós. Portanto, o processo é um instrumento de democracia para a afirmação da soberania do Estado. Não podemos perder essa visão de que o processo penal é sim uma garantia de direitos individuais; é a garantia de produção de prova, é a garantia da pessoa de poder demonstrar para o juiz isento a sua inocência e é a garantia do Estado de poder demonstrar para aquele mesmo juiz a culpabilidade e a necessidade de imposição de pena.

Eu passei por alguns traumas na carreira e sobrevivi a eles. O primeiro trauma foi em 1995 com a Lei nº 9.099. “E agora? Não vamos mais denunciar artigo 32 da LCP? Vai ser o caos aí fora! Não tem mais denúncia de artigo 34! Não pode!”.

O outro trauma foi em 2008 com a minirreforma do Código de Processo Penal. “E agora? Não vou mais fazer alegação final! Não tem mais 406! Como vou fazer o júri sem o libelo?”. Aquele negócio reproduzia uma coisa que já estava na denúncia, ou servia para a nulidade. Não vamos mais defender o libelo, vamos defender a denúncia. Era um algo inexistente de uma forma sacrossanta absoluta. Aquilo nos prendia.

Sobrevivemos a esses grandes traumas idiossincráticos do processo, que perdeu sua forma. “O

que faremos da vida sem a formalidade, sem o carimbo, sem a burocracia?”.

Eu vou deixar isso para o Márcio Christino, pois o estudo precipuamente é dele, mas farei algumas perguntas:

- Será que precisamos processar todos os fatos criminosos que chegam à nossa mesa?

- Será que esse é o melhor caminho? – e o professor Maierovitch falou isso ontem, sobre a lei RICO, a experiência norte-americana, o abandonar o Princípio da Obrigatoriedade.

- Será que quem quer tudo vai conseguir o todo? Ou vai perder em eficiência?

- Quanto custam todos os agentes do sistema de perseguição penal com suas pautas cheias?

E vamos falar de nossas agruras pessoais: você recebe um inquérito daquele que eu acho para fazer a denúncia o crime mais chato que existe que é o estelionato, porque é necessário ter um cuidado absoluto para não levar à nulidade do processo. Você leva o inquérito para casa, passa o fim de semana estudando-o, faz aquela denúncia técnica, 6 meses, 1 ano e meio, 2 anos de instrução, não deu a lei 9.099 porque o autor tinha uma outra aplicação do artigo 89, vamos supor, por conta do art. 306 do Código de Trânsito, e é aplicada a pena: 1 ano de reclusão. Concedido o sur-sis, ou o regime aberto, ou algo que, na verdade, desmerece a efetividade do sistema penal. É uma pena, mas não é uma pena que vai levar o autor do crime a dizer “que pena que eu cometi esse crime”.

Para chegar a esse resultado, será que não teríamos uma forma mais eficiente, sem precisar do

processo, ou um, ou dois, ou três anos? Claro, há situações em que o processo seria necessário. Haverá aquele que vai dizer “quero proclamar minha inocência, não aceito acordo nenhum com o Estado”. Mas fica a ideia: não seria o momento de transformar a nossa realidade legislativa? E aí há uma discussão se é constitucional, se envolve tribunal de júri, se não envolve. É algo para pensarmos.

Em 2004, quando da criação do Conselho Nacional do Ministério Público, eu era assessor responsável por encaminhar os dados para o CNMP. Posso estar errado, mas grosso modo nós éramos 1700 promotores, hoje somos mais de 2 mil (entre primeiro e segundo grau); éramos 2500 funcionários, hoje somos cerca de 6 mil funcionários; um esforço enorme de todos os Procuradores-Gerais de Justiça, de lá até aqui, para adequar nossa realidade. Só que precisamos ter visão de uma coisa, mormente em época de PEC de gastos, de alteração de lei de responsabilidade fiscal e de uma série de outros projetos legislativos, como o PLP 275... são tragédias na realidade do orçamento público.

Quantos promotores teremos de ter daqui a dez anos, se quisermos continuar a abraçar o mundo? 3 mil, 3500, 4 mil no Estado de São Paulo? Doze mil funcionários? Será que vai ter orçamento para isso? Acredito que não.

Portanto, precisamos pensar em soluções mais efetivas para o mesmo resultado.

Agradeço deveras a atenção de vocês.

Painel II - O Futuro da Promotoria Criminal

Apresentação: Eloísa de Sousa Arruda

Procuradora de Justiça aposentada, Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Secretária Municipal de Direitos Humanos e Cidadania de São Paulo



Pedro Henrique Demercian, Eloísa de Sousa Arruda, André Estefam Araújo Lima, Márcio Sérgio Christino e Alexandre Rocha Almeida de Moraes

Bom dia a todos e a todas! Gostaria, em primeiro lugar, de cumprimentar o Dr. Antonio Carlos da Ponte, diretor da Escola Superior do Ministério Público, pela magnitude desse evento, que dá mostras de sua competência de gestão, de sua competência de agregar pessoas e do trabalho que vem realizando na Escola Superior do Ministério Público e que certamente extrapola os limites da nossa instituição. Parabéns pelo seu trabalho!

Na sua pessoa eu gostaria de cumprimentar todos os funcionários da Escola Superior do Ministério Público, todos os assessores, eu sei bem quanto trabalho dá organizar um evento deste porte. Parabéns!

Gostaria de cumprimentar o nosso Procurador-Geral de Justiça, Dr. Gianpaolo Poggio Smanio, o Dr. José Oswaldo Molineiro, Presidente da Associação Paulista do Ministério Público, e o nosso Corregedor Paulo Afonso Garrido de Paula.

Cumprimentar os integrantes desta mesa, meus queridos colegas e dizer da minha satisfação de estar aqui convivendo com pessoas com quem eu tenho graves vínculos de suspeição porque sou madrinha de muitos, sou afilhada de outros, então tenho relações pessoais que são para sempre; são padrinhos dos meus filhos, eu sou madrinha de casamento, tenho padrinhos do meu casamento, então, graves vínculos de suspeição, do que eu me orgulho, é uma satisfação estar entre vocês. Esta convivência traz alegria para minha vida.

Muito obrigada pelo convite, Dr. da Ponte, e pela oportunidade de estar aqui.

Eu vou falar um pouquinho sobre o papel da vítima no processo penal situando este tema dentro do que se considera ou do que se busca considerar uma evolução do processo penal. Não só processo penal brasileiro, mas o processo penal mundial.

Na medida em que nós tratarmos de uma reconfiguração do papel da vítima no processo penal, nós estaremos caminhando para o que vem sendo falado, do que vem sendo discutido e do que vem sendo implementado nas legislações mais modernas.

Sobre a reconfiguração da vítima no processo penal, o modelo que eu conheço e que é o mais atual é o modelo espanhol. A Espanha editou recentemente (2015) o Estatuto da Vítima, dando um papel de destaque a esta figura no processo penal. Mas, se nós hoje discutimos este processo, houve um momento em que a vítima tinha total autonomia para realizar a solução dos conflitos, até os conflitos mais graves que depois se tornaram os conflitos penais.

Então, houve um momento da história em que se passou da autotutela para o processo penal, com o advento do Estado Moderno. A vingança privada não era mais admissível e o Estado começou a monopolizar a possibilidade de punir o infrator da norma penal.

Mas, neste modelo que foi criado, a centralidade ficou na pessoa do réu. A vítima foi relegada a um segundo plano e isso teve reflexo no Código de 1941, editado no momento da história do mundo em que o modelo de inspiração foi o modelo franquista, que vigorava na Europa naquele momento. A vítima no processo penal se resume a um capítulo que tem um artigo e um parágrafo – era isso o que nós tínhamos, essa era a figura do ofendido no processo penal. Ele era considerado só uma pessoa que viria a colaborar com o processo penal, podia ser conduzido coercitivamente, assim como continua sendo possível essa condução coercitiva, mas este era o papel relegado à vítima no processo penal, estava ali resumida na figura do ofendido.

É claro que ele podia funcionar – e pode – como assistente da acusação, esta possibilidade já estava configurada no Código de 1941 e aparecia o ofendido na ação penal privada podendo promover ação penal, na ação penal privada subsidiária e na ação penal pública condicionada.

Mas, não se falava em proteção. Ele vinha para colaborar e nós sabemos o quanto convivemos com a realidade da vítima no processo penal neste modelo. Todos nós aqui, talvez os mais jovens nem tanto, vimos inúmeras situações em que nem um espaço reservado à vítima do crime existia dentro dos fóruns.

Nunca vou me esquecer de uma situação de um crime de aborto não consentido (Tribunal do Júri de Pinheiros), a vítima havia sido forçada à interrupção da gravidez. Qual não foi a surpresa desta moça quando, no dia do depoimento, chegou ao fórum e estava lá o réu. Ela caiu em prantos, desmontou, foi necessária até assistência médica a ela naquela oportunidade. Ela dizia “eu nunca mais queria ter visto a cara dele”. E mais: a vítima terminou seu papel no processo penal, que era prestar seu depoimento, ia

para casa, ninguém lhe informava sobre o resultado deste processo, ninguém a chamava para participar da sessão de julgamento, ninguém lhe informava sobre a situação prisional do réu, e com isso nós convivemos por muitos e muitos anos.

Talvez os Promotores mais antigos tenham utilizado uma tática que eu utilizava: tinha umas fichinhas – estamos falando de um tempo pré-computadores – em que eu anotava o nome da vítima e o telefone, para eu pedir para alguém telefonar para lhe avisar sobre o resultado do processo. Ou então familiar de vítima: liga para vir assistir ao júri. Era isso o que nós fazíamos, eram soluções caseiras para uma situação que não tinha qualquer previsão no Código de Processo Penal.

A responsabilidade pela promoção de ação civil *ex delicto* constava como sendo nossa.

Estou fazendo uma análise de natureza cronológica: o Código é de 1941 e nós começamos a ter, após a Segunda Guerra Mundial, alguns estudos sobre o que nós chamamos de vitimologia (dentro da criminologia), ou seja, a figura da vítima começou a ser estudada.

Mas, foi só em 1973, Primeiro Simpósio Internacional de Vitimologia, em Jerusalém, que começam a aparecer as primeiras investigações científicas sobre o tema de forma autônoma, isto é, um tratamento particularizado do assunto em direção a uma melhor atenção à vítima no processo penal.

Vejam que tudo é muito simbólico, pós Segunda Guerra Mundial, quando nós tivemos episódios como o holocausto dos judeus, e o simpósio acontece em 1973 em Jerusalém. É claro que o exemplo de vítimas de massacres como o que aconteceu na Segunda Guerra Mundial ganhou repercussão mundial também.

É em 1973 que começam as discussões mais importantes sobre esta figura da vítima, ela tende a aparecer de uma forma diferente do que há nas legislações do mundo em se tratando de Direito Penal e de Processo Penal.

A reforma de 1984 colocou algumas medidas no Código Penal que se preocuparam com a indenização da vítima, forma de obtenção de benefícios legais tais como sursis, livramento condicional, reabilitação penal e diminuição da pena. Começa a se revelar uma preocupação com a figura da vítima.

Em 1985 foi criada uma resolução da ONU que reforçou a necessidade de um tratamento justo para a vítima, garantia de acesso à Justiça de forma célere e eficaz, importância do suporte psicológico e material, restituição de bens e justa indenização.

A Constituição de 1988 manteve a ação penal privada subsidiária, permitindo à vítima a promoção da ação penal, e colocou ali a possibilidade de responsabilidade civil do autor do delito; assistência aos herdeiros e dependentes carentes das pessoas vitimizadas e responsabilidade civil do autor do delito.

De 1988 até hoje, eu digo que os avanços foram muito poucos para dar concretude à norma constitucional, mas nós estamos avançando.

Veio a lei 9.099, que marcou uma preocupação muito grande com a vítima, dizendo assim: “as medidas despenalizadoras só serão aplicadas se houver o ressarcimento do dano à vítima”, mas nós não podemos nos esquecer que a lei 9.099 é aplicável às infrações penais de menor potencial ofensivo, ou seja, nós continuamos convivendo com a legislação de 1940 e com a lei 9.099. Ressalto aqui que, para as medidas despenalizadoras, seria necessária a recomposição, o ressarcimento do dano à vítima.

Em 1999 surge a Lei Nacional de Proteção a Vítimas e Testemunhas. Eu me lembro muito bem

dos momentos que antecederam a edição dessa lei. O Ministério Público de São Paulo teve uma grande preocupação em participar do projeto de elaboração desta lei, nós até trouxemos para São Paulo a pessoa que, nos Estados Unidos, cuidava do programa nacional de proteção a testemunhas, era uma mulher. Eu estava presente neste dia e ela contou como é que funcionava o programa de proteção de testemunhas nos Estados Unidos. Ela batia no peito e dizia “o nosso programa existe desde 1930 e nós, neste tempo, nunca perdemos uma testemunha protegida”.

O modelo americano foi basicamente o que foi adotado pela lei de proteção de testemunhas aqui no Brasil. Ficou estabelecido que cada Estado da federação deveria criar o seu programa de proteção de testemunhas, além de haver um programa de proteção de testemunhas no âmbito nacional.

No Estado de São Paulo este programa foi criado, chama-se “Provita”. Foi um programa do qual eu cuidei durante algum tempo com a participação de alguns colegas, como é o caso do Tomás Ramadan, que compunha este programa como conselheiro. Os casos são apresentados na Secretaria da Justiça, submetidos a este comitê do qual participa juiz, promotor, representante da sociedade civil e outros entes públicos para decidir sobre a inclusão ou não de pessoas no programa de proteção de testemunhas.

É um programa que tem um grande dispêndio, porque lidamos com situações onde pode haver até a transferência de residência e acomodação transitória de pessoas; é cheio de restrições, quanto mais num mundo como o nosso, onde a comunicação de pessoas é feita por *WhatsApp*, pela internet, mas só para se ter noção, não é possível nem ao menos falar no telefone. Há o dia específico para o tipo de comunicação e o Tomás certamente participou de algum processo em que o pedido era para excluir a

pessoa do programa, exatamente porque a pessoa havia violado as regras. Qualquer violação importa em exclusão.

No tempo em que fiquei como secretária da Justiça (2011-2014), posso lhes dizer que também batemos no peito para dizer que nós nunca perdemos uma testemunha, nunca uma testemunha sob a nossa proteção foi morta.

Sobre a orientação dos que participavam do conselho do programa, veio a necessidade da criação de um programa de proteção de crianças e adolescentes ameaçados de morte. Aqui nós não estamos falando propriamente de testemunhas protegidas, estamos falando de menores que até podem funcionar como testemunhas, mas que na verdade por vezes eram crianças e adolescentes em conflito com a lei e que queriam sair da vida do crime; era o “peixinho” do tráfico. Um menino envolvido com uma prática criminoso que não quer mais participar do tráfico e começa a ser ameaçado de morte.

Me lembro das conversas que nós tivemos, Tomás, você e os outros colegas, e vocês diziam que nós precisamos de um programa específico porque o menor não é testemunha nem vítima, mas precisa ser protegido. Aí, o programa que já existia de uma forma muito tímida no âmbito municipal foi trazido para o âmbito do Estado e implantamos o PPCAAM [Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte].

Até outubro de 2011, o programa era executado apenas pelo município, então pedimos para que ele fosse implementado no Estado de São Paulo, dimensionamos a proteção para 120 crianças e adolescentes, valor de um milhão e 400 mil reais. Foi muito pouco: as 120 vagas que nós estimamos foram preenchidas rapidamente, o que dá a di-

menção da dificuldade em relação à proteção dessas crianças. O dinheiro foi pouco, nós precisamos fazer um aditamento do contrato e fizemos uma previsão para 180 pessoas ao custo de 2 milhões e 550 mil reais. É muito caro, mas quando nós falamos em proteção de vítimas, testemunhas ou crianças, nós temos de pensar que por vez a proteção não se restringe ao menor, ela se estende a toda a família. Nós protegemos a pessoa e a família toda. Tiramos da estrutura familiar a criança ou o adolescente, a mãe, o pai, os irmãos, e temos de mandá-los para outra cidade. E quem custeia isso é o Estado.

Em 2002 temos o Estatuto de Roma, que faz parte da legislação brasileira. A Constituição de 1988 estabeleceu que o Tribunal Penal Internacional faz parte da estrutura legislativa brasileira.

Atendendo a esta tendência mundial que é a de dar uma nova configuração ao papel da vítima no processo penal, reforçar a sua importância e a necessidade da sua proteção, no TPI foi criada uma unidade de apoio às vítimas e testemunhas, sob o comando do Ministério Público.



Eloísa de Sousa Arruda

Hoje isto funciona no TPI da seguinte maneira: as equipes do Ministério Público por vezes se dirigem aos países que foram vítimas de massacres, fatos que estão sob o julgamento do TPI, para ter contato com vítimas e seus familiares e informar a estas pessoas que elas poderão fazer interferências no processo de diversas naturezas. Elas podem participar ativamente assistindo os atos do processo; elas são informadas sobre a possibilidade de se habilitarem para receberem indenizações no curso do processo.

Estamos falando de situações em que são réus, por vezes, líderes, ditadores, pessoas que têm recursos financeiros. São réus pessoa física e as vítimas podem ser indenizadas.

Essa unidade de apoio a vítimas e testemunhas gerida pelo Ministério Público é algo que considero interessante, é algo que nós poderíamos começar a pensar em fazer dentro do nosso Ministério Público, expandindo as possibilidades até de buscar ajuda do Estado, porque isso não existe hoje.

Ainda seguindo a ordem cronológica, Lei Maria da Penha: várias possibilidades. A vítima da violência doméstica e familiar contra a mulher ganha uma relevância muitíssimo especial. Nós temos várias medidas protetivas direcionadas à vítima, que está sendo cuidada pela intervenção dos Ministérios Públicos – no caso de São Paulo, uma atuação exemplar – a criação de varas especializadas, promotorias especializadas, ou seja, a vítima nesta lei ganhou um papel muito especial, um papel de muito destaque, seja no âmbito protetivo, para que a violência não mais aconteça ou não se perpetue, seja no pós, que é o apoio psicológico, o acompanhamento que hoje acontece.

Hoje me coloco na condição de Secretária Municipal dos Direitos Humanos e posso afirmar que nós temos, na cidade de São Paulo, nove centros de

apoio a mulheres vítimas de violência. Isto aconteceu porque há um Ministério Público em São Paulo que começou a cobrar: “não basta nós fazermos o processo criminal, o poder público também tem de dar apoio para essas mulheres”.

Esta lei é exemplar porque não previu só medidas processuais penais, ela previu medidas que extrapolam este âmbito.

Seguindo a tendência mundial, começa a vir o que já fazíamos nas promotorias: o telefonema. O ofendido deve ser comunicado dos atos processuais, a comunicação deverá ser feita no endereço por ele indicado, ou por meio eletrônico; espaço reservado antes do início da audiência; ou seja, tudo o que nós fazíamos de forma costumeira, foi normatizado.

E vejam: se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para o atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, assistência jurídica e saúde, às despensas do ofensor ou do Estado – aqui é que nós ainda estamos construindo porque tenho certeza de que muitos de vocês, meus colegas que são do interior, não têm para onde mandar. Podem mandar para o serviço de assistência social, por exemplo, mas não existe uma unidade específica de atendimento na maioria das comarcas do Estado de São Paulo, quanto mais do Brasil.

No caso de São Paulo, foi criado para esta finalidade o CRAVI (Centro de Referência e Apoio a Vítimas). O centro de referência os colegas da Barra Funda conhecem, porque a primeira unidade foi lá; atendimento ao público gratuito a vítimas de violência e familiares; atendimento psicológico, social, jurídico, equipes multidisciplinares trabalhando.

Quem cuida disso é a Secretaria da Justiça do Estado de São Paulo. Quando lá cheguei, havia uma unidade só, que era no Fórum da Barra Funda e já havia várias coisas que podem parecer pouco, como

oficinas. Quando participei de uma delas, vi o quanto eram importantes. Eram rodas de conversa, quase grupos de ajuda mútua. A mãe queria falar: meu filho foi enterrado como indigente e ele tinha todos os documentos”. Outra dizia: “o meu desapareceu e eu não sabia onde procurar”. Então, eram questões que as mães, os pais, os familiares queriam compartilhar e ao fim daquilo, o resultado era “muito obrigada por me permitir participar dessa conversa, eu sei que alguém sofreu a minha dor”.

Em 2001, nós tivemos o primeiro encontro das vítimas atendidas pelo CRAVI e, felizmente, recebemos uma menção honrosa pelo nosso trabalho.

Quando eu vi a importância desse trabalho, falei que não poderia ficar em uma unidade só. A missão foi de expandi-lo. Não havia dinheiro, mas é por isso que temos de ser criativos: vamos fazer convênios com universidades, com as prefeituras locais, vamos divulgar este nosso projeto. Aí fomos expandindo, criamos mais duas unidades, fizemos várias coisas, algumas com a ajuda do Ministério Público – Da dor à busca por justiça, orientação para vítimas de violência.

Nosso colega Flavio Lorza, da Barra Funda, nos ajudou a escrever essa cartilha, foi muito importante.

Em 2013 nós fizemos vários outros convênios.

Em 2011 começamos com uma unidade; em 2014, quando deixei a Secretaria da Justiça, tínhamos ampliado para dez unidades do CRAVI.

Soube que hoje, o CRAVI está com uma forte parceria com o Ministério Público, principalmente na área de violência contra a mulher. As vítimas de violência doméstica são atendidas no CRAVI. Os promotores estão nos ajudando muito.

Meus amigos, isso era algo que eu queria muito, porque eu percebia – sem demérito nenhum porque eu tenho um dever de gratidão neste aspecto

com a Defensoria Pública – eles tinham um defensor público dentro da nossa unidade atendendo e eu procurava incentivar os colegas a mandarem os casos para lá, então isto teve uma ampliação. Recebi a informação de que depois que o Ministério Público começou a participar, o serviço se expandiu muito, ganhou uma importância muito grande.

No momento, temos um projeto de reforma do Código de Processo Penal que é bem importante no que se refere aos direitos da vítima.

Não poderia deixar de falar sobre a Justiça Restaurativa, é uma resolução da ONU no sentido de que se busque o que se chama de Justiça Restaurativa, que é mais do que dizer para a vítima “ele foi condenado”, é tentar resolver mesmo o conflito, quanto mais os pequenos conflitos.

Num país onde os índices de violência são mais do que índices de guerra civil, não é possível que nós não tenhamos uma estrutura forte para proteger as nossas vítimas ou para lhes dar respostas.

Sobre a obrigatoriedade da ação penal: será que não seria o caso de fortalecer um sistema de justiça restaurativa que antecederesse à ação penal? Na Alemanha, por exemplo, não existe o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. O cálculo é o seguinte: quanto vai custar esta ação penal para o Estado alemão? Dependendo do valor, não processa. É uma decisão do Ministério Público.

O Ministério Público deveria investir fortemente na Justiça Restaurativa.

Projetos em andamento hoje na Secretaria Municipal de Direitos Humanos: 1º) um projeto de reparação psicossocial, o qual é baseado numa pesquisa que foi feita pela Universidade Estadual de Campinas, detectando o mapa da juventude. O perfil da violência no Brasil está segmentado por classe, faixa etária, sexo, região (território) e, sobretudo, raça e cor. Quem

mais sofre violência? Pessoas com menos de 30 anos; homens; nas periferias das grandes cidades; pretos e pardos. Nós sabemos as respostas, mas precisávamos ter uma pesquisa científica e a Unicamp fez essa pesquisa para nós.

A partir daí, pedimos um recurso para o governo federal, Ministério da Saúde que nos disponibilizou 2 milhões de reais para montar quatro postos na cidade de São Paulo, para atendimento psicossocial para jovens vítimas de violência. Eles não precisam ter uma violência concreta, não precisam ter sido vítimas de estupro, roubo; eles podem se sentir numa situação de temor em face da situação social na qual eles convivem.

Escolhemos quatro regiões: Brasilândia, Cidade Tiradentes, Jardim Ângela e Sapopemba. O projeto será implantado dentro dos Núcleos de Assistência à Saúde da Família (NASFs). É um projeto piloto. Se os 2 milhões forem bem usados, depois pediremos mais.

Além disso, nosso objetivo é analisar os resultados, é ver o resultado desse trabalho daqui a pouco, fazer os atendimentos e daí tirar algumas conclusões.

E isso, pessoal, é algo que todos nós teremos de cuidar, que é a tal da Lei da Escuta Protegida, de abril de 2017, que nos envolve como promotores criminais. Ela estabelece princípios para escuta protegida de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, evitando-se sua revitimização. Também estabelece um local onde a criança seja ouvida uma única vez. Nós teremos de fazer a produção antecipada da prova porque ela será obrigatória. Está na lei “produção antecipada da prova de forma a diminuir a revitimização será obrigatória para crianças até 7 anos”.

A ideia é que esses locais sejam estabelecidos em diversos pontos da cidade. Não precisa de muita coisa, a estrutura não é tão grande assim, é uma sala onde a criança possa ser ouvida, que tem um psicólogo, um assistente social, que seja filmado.

O manual para a construção desses espaços foi expedido pela *Childhood*, entidade gerenciada pela rainha Silvia, a qual acompanha esse assunto da Suécia há muito tempo. Quando ela esteve aqui no Brasil em 2013, eu estive com ela, contei que já existia no Brasil algumas unidades no TJ, foi a entidade dela que custeou. Funciona na Barra Funda, mas teremos que expandir isso.

Há uma indicação para que sejam incluídos nos planos plurianuais dos municípios.

Eu quero continuar essa conversa com vocês, porque nós precisamos estar juntos nisso. Eu posso ajudar a fornecer a estrutura física, mas a estrutura humana e as sugestões quero colher do meu Ministério Público.

Agradeço a oportunidade, reafirmo que estou fora da carreira, mas continuo trabalhando nas causas que são sociais, que é o que eu gosto.

Parabéns mais uma vez, professor da Ponte, pelo evento e muito obrigada!

Painel II - O Futuro da Promotoria Criminal

Apresentação: Márcio Sérgio Christino

Procurador de Justiça, Especialista em Crime Organizado



Pedro Henrique Demercian, Eloísa de Sousa Arruda, André Estefam Araújo Lima, Márcio Sérgio Christino e Alexandre Rocha Almeida de Moraes

Senhores, boa tarde! Meus cumprimentos especiais ao doutor Antonio Carlos da Ponte, pois já faz 27 anos que éramos promotores na Praia Grande, onde tivemos uma boa caminhada. Parabéns pela realização do evento.

Cumprimento também Doutor Smanio, nosso Procurador-Geral, que está dirigindo o Ministério Público talvez num dos momentos de maior turbulência do MP. É um momento que devemos

de ter um especial cuidado tanto quanto ocorreu na época da Constituinte, talvez seja um período até mais grave.

De fato, o foco da minha fala é a discricionariedade da ação penal. Logo no começo da gestão da Associação Paulista há seis anos, a Conamp entendeu por bem fazer um diagnóstico da atuação do MP para identificar a maior dificuldade. Então, seria proposta uma ação concreta, efetiva, determinada.

Não poderíamos ficar no diagnóstico, no cálculo. Tínhamos de propor uma solução possível e efetiva. Foi formado um grupo de 8 pessoas, cada uma de um Estado, no qual eu era o relator. O diagnóstico que fizemos em relação às promotorias criminais era exatamente o número, era a quantidade, a massividade de inquéritos e processos, na qual o promotor era ou é submetido.

Tanto na Bahia, Mato Grosso, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, São Paulo, o maior problema é o mesmo: o aumento da estatística, lutamos contra números e os números estão vencendo sempre. Esse foi o primeiro diagnóstico que fizemos. Isso não é um problema de São Paulo, mas do Brasil. Precisamos dar uma solução, tentar fazer um projeto que não fosse adequado somente para São Paulo, mas também para o Brasil.

A massificação dos processos e dos números trazem um defeito que são os entendimentos burocráticos, ou seja, o juiz e o promotor tendem a criar um padrão e seguir sempre esse padrão. Nós podemos ver isso no Judiciário. Por exemplo, qual a pena comum para tráfico: 1 ano e 8 meses. Todo mundo condenado por tráfico é condenado a 1 anos e 8 meses.

Por que isso acontece? Como o juiz tem muitos casos para julgar, é mais fácil criar um padrão e repetir. Isso está se refletindo nos Tribunais Superiores que também seguem um mesmo padrão porque também têm uma quantidade imensa de processos para julgar. Então, nós tínhamos de criar uma solução para esse problema.

A primeira conclusão que tivemos foi que essa solução jamais poderia ter por objeto uma estruturação da carreira, ou seja, a questão de recursos materiais. Se formos esperar conseguir estrutura para realizar algum objetivo dificilmente conseguiríamos. E quando conseguíssemos, provavelmente esse ob-

jetivo já teria sido superado. Portanto, a questão da estrutura não é a solução que poderíamos propor.

Essa é uma discussão ainda hoje no CNMP. A ideia é criar cargos, cada vez mais. Isso vai crescendo e nos faz continuar perdendo para os números, eles estão nos esmagando. Temos de dar uma solução para isso.

A primeira solução proposta que saiu do debate nacional foi focar em ações prioritárias. Vamos concentrar nossos esforços em roubo, tráfico, por exemplo. E isso traz menos foco em outros tipos de crime. Essa atuação, no entanto, gera outro tipo de problema: se focamos em um lado, a atuação em outro lado será deficitária.

Como seria feita essa solução e como seria aplicado no dia-a-dia? Como o promotor, quando ao analisar o inquérito dirá: isso aqui não é prioridade, então archive-se? Essa é uma solução extremamente perigosa.

Essa atuação prioritária contra a atuação deficitária foi uma discussão que tivemos por muito tempo e acabamos concluindo que ela é inaplicável e inconveniente até porque seríamos muito criticados pela sociedade. Porque deixaríamos de exercer com eficiência algumas das funções que nos foram confiadas.

Depois disso numa discussão mais ampla, nós procuramos parâmetros internacionais especialmente nos Estados Unidos, onde tive o prazer de fazer um estágio no Departamento de Estado. Lá conheci o sistema prisional e o Ministério Público americano.

Não podemos importar uma solução sem que ela se adapte às nossas características. Deve ser uma solução em que se pode aplicar os recursos disponíveis no Brasil em acordo com a nossa legislação.

A decisão que chegamos ao final de tudo é que a única solução que poderíamos propor para facilitar

a vida do promotor criminal em qualquer lugar do Brasil e em qualquer condição é: a discricionariedade total na aplicação da ação penal.

Ou seja, é a possibilidade de o promotor pactuar a propositura da ação penal com o acusado. Isso funciona muito bem nos Estados Unidos. Isso, claro, é um parâmetro, mas não é a mesma coisa que teríamos que fazer aqui. É uma ideia, mas não é concreta para nós.

Quando eu estava em Denver, perguntei a um promotor quantas audiências ele faria em um dia e ele respondeu 90 audiências. Um número expressivo, mas como eram essas audiências? Lá o promotor chegava, o preso era apresentado e o juiz informava a proposta de condenação. Ao aceitar, já era feita a homologação. Essa era a audiência a que ele se referia, não era a audiência que nós estamos acostumados com interrogatório, com oitiva de testemunha.

O resultado disso é que eles faziam inúmeras audiências por dia. Não tinha julgamento, não tinha recurso, então eles podiam focar naqueles processos. Para isso, começamos a perceber como nós adaptaríamos essa atuação à nossa realidade. Concluímos alguns itens que não foram muito agradáveis a outras carreiras, mas isso seria essencial para que alcançássemos nosso objetivo.

O primeiro foi a possibilidade livre e privativa de o MP pactuar a propositura da ação penal envolvendo a pena, o regime de cumprimento e eventualmente o benefício a ser reconhecido na fase de execução. Teria que ser a possibilidade mais ampla, o promotor teria que poder pactuar tudo: o tipo de pena, benefícios, se vai ter livramento condicional com quanto tempo de pena. É assim nos Estados Unidos.

No entanto, temos que garantir que só o Ministério Público possa pactuar. Isso tem de ser priva-

tivo e discricionário do MP. Porque se essa decisão virar direito subjetivo do réu, tiver que ser determinada por decisão judicial ou sofrer qualquer empecilho para realização desse pacto, não será efetiva.

Qual é o problema das pactuações que estão sendo propostas hoje? Todas elas, em geral, dependem do reconhecimento judicial. E, geralmente, é causa de diminuição de pena que o juiz pode ou não aplicar. Isso não é pactuação. A pactuação entre MP e réu tem que ser privativa, ela não pode depender da boa vontade de um juiz em decidir se aplica ou não.

Esse item é fundamental: nós temos de ter liberdade de pactuar qualquer item da pena o mais extensamente possível, sem a interferência de outro órgão. Temos que pactuar unicamente a propositura ação penal. E, claro, sem que isso constitua uma obrigação para o Ministério Público. Porque isso gera uma série de consequências.

O segundo fundamento é a necessidade da intervenção judicial. Ou seja, nós podemos pactuar, mas o juiz nesse caso terá que homologar. Como seria essa homologação?

Recentemente, o STF entendeu que o juiz não poderia modificar a pactuação que foi feita pelo Procurador-Geral da República. Isso foi um marco para nós porque não está claro na lei. Essa homologação, essa possibilidade de o juiz mudar os termos do acordo viola a própria essência da propositura. De que adianta fazer um acordo se depois ele será modificado pelo juiz? Se ocorrer dessa forma, o juiz estará pactuando e não o MP.

Então, como seria essa homologação após esse entendimento do STF? Ela seria feita com base no artigo 28 do CPP, ou seja, se o juiz não concordar com o acordo ele deve mandar para o Procurador-Geral. Cabe a ele definir se a pactuação foi bem executada ou não. Enquanto agirmos dessa maneira,

a pactuação estará dentro dos limites da discricionariedade do Ministério Público.

Portanto, não podemos admitir que ela saia do âmbito do Ministério Público e vá para o Judiciário, porque daí nós teremos perdido o controle. Isso tem um fundamento muito claro: quem representa a sociedade é o Ministério Público e não o Judiciário. A Justiça pode atentar pelos requisitos legais, mas não necessariamente pelo mérito ou conteúdo do acordo que foi feito.



Márcio Sérgio Christino

Claro que é evidente a necessidade da intervenção do Judiciário por questões não só jurídicas, mas também políticas. Ele age como um controlador dessa situação e isso é muito salutar. Nesse caso, o Judiciário funciona como garantia contra eventuais abusos ou ilegalidades.

O terceiro item que defendemos é a necessidade de a intervenção da defesa técnica atuar na pactuação. Senão houver intervenção dessa defesa, mesmo que a pactuação seja regular, mesmo que ela atenda aos interesses, sempre haverá a possibilidade

de crítica por parte do terceiro que vai alegar que não foi esclarecido quanto às responsabilidades que assumiu, foi enganado, não tinha noção do acordo, entre outros. Devemos lembrar que a população brasileira não tem um nível educacional muito alto.

Por isso, esse projeto tem que atender a todas as peculiaridades de todos os Estados, do Amazonas até o Rio Grande do Sul. Dessa forma, a intervenção da defesa técnica tem que ser obrigatória, é uma garantia que atende os direitos fundamentais do acusado. Essa pode ser constituída ou não, que seja feita pela Defensoria Pública ou por advogado, ela tem de ser obrigatória.

O penúltimo item: limitação das hipóteses de rejeição. O juiz pode homologar ou não, mas ele vai ter de restringir o inconformismo dele a algumas hipóteses específicas.

E, por fim, nós incluímos dentro das possibilidades de pactuação a possibilidade de intervenção da vítima, ou seja, a vítima poderá questionar a pactuação se ela se sentir prejudicada. Porque não podemos excluir a vítima desse processo. De repente é feito um acordo sobre um roubo e eventualmente a vítima pode se sentir prejudicada. Ela deve ter o direito de participar, se desejar. E uma das possibilidades de rejeição do pacto pelo juiz é, justamente, a avaliação do questionamento da vítima em relação à pactuação feita pelo MP. Esse item é muito questionado nos Estados Unidos. Para se ter uma ideia, lá a pactuação é feita por meio de um formulário.

Por fim, o grande debate que tivemos na Conamp foi a questão da aplicação da pactuação no júri. Nesse sentido, alguns entendem que a pactuação feita com acusado de crime doloso contra a vida ofenderia a soberania do Tribunal do Júri.

Segundo esse entendimento, não poderíamos pactuar nos crimes dolosos contra a vida. A vo-

tação acabou 5 a 3. Eu votei a favor. Particularmente, eu entendo que se você tem a revisão criminal e ela pode rever uma sentença do júri e sendo o júri uma garantia do acusado, então ele poderia abrir mão disso.

Aliás, a pactuação pactua a pena. Então nada obstaria que isso pudesse ser feito nos crimes dolosos contra a vida. Devemos lembrar também que quando falamos de pactuação, o primeiro crime que vem à mente é justamente no Plenário do Júri, onde ela é feita muitas vezes de maneira informal. Esse foco é o principal.

Se o homicídio é o nosso principal problema é justamente no homicídio que não vamos pactuar? Infelizmente, foram 5 votos contra a pactuação e 3 a favor, ou seja, venceu a não aplicação da pactuação nos crimes dolosos contra a vida, mas eu continuo achando que é possível.

Desse encontro, foi produzido um texto final. Eu saliento o artigo 3º dele que fala das possibilidades de o juiz rejeitar a pactuação. Por exemplo, o texto diz “O juiz somente poderá discordar da pactuação se ela for evidentemente contra os interesses do acusado”.

Por que evidentemente contra? Porque a rigor toda pactuação será contra o interesse do acusado, pois ele tem interesse em ser absolvido. Por exemplo, se um crime tiver pena de 2 a 6 anos e for feito um acordo que proponha 8 anos. Ou seja, ele está fazendo um acordo muito acima do limite. Assim, será evidentemente contra o acusado.

O texto diz “estar ausente o requisito formal para homologação”. Presença da defesa técnica, por exemplo. Se não houver a defesa técnica, o juiz poderá recusar a homologação.

“Houver representação fundamentada e acolhida por parte da vítima”. Os sucessores e os repre-

sentantes legais, mais uma vez é o papel da vítima sendo destacado na possibilidade da pactuação contra o acordo feito pelo MP. O juiz pode deferir ou indeferir, se ele não impugnar vai para o Procurador-Geral e ele, então, decidirá.

Quais são os nossos grandes problemas em relação a esse tipo de projeto? Quem se opõe? Onde está a grande resistência a ele? Primeiro, a magistratura. A magistratura tem uma resistência enorme com relação à pactuação, porque isso traz poder ao MP, se a hipótese de questionamento da homologação é restrita, o juiz entende que ficará preso ao que o MP pactuou. Temos várias ações em conjunto com a magistratura, mas nesse caso eles são extremamente contrários.

O outro é o próprio Legislativo, porque entendem que é muito poder. Podemos argumentar que não é aumento de poder, pois se mantivermos o sistema atual o Ministério Público continuará processando. Esse papel já é do MP. A pactuação, pelo contrário, é uma possibilidade de não ser processado, pois o MP tem a possibilidade de não entrar com a ação.

No entanto, o Poder Legislativo olha essa possibilidade com medo porque eles relacionam a pactuação com a delação premiada, mas são coisas completamente diferentes. A pactuação pode ser feita sem entregar o parceiro, pode ser feita no caso de crime individual, no entanto, na delação ninguém pode delatar quem não participou do crime. A pactuação é bem mais ampla do que a delação premiada.

Isso está sendo levado para a Comissão do Código de Processo Penal para tentar mudar o capítulo que fala da negociação, porque hoje a pactuação continua sendo uma causa de diminuição de pena sob administração do juiz. Então não é pactuação, mas apenas uma causa de diminuição de pena com

uma condicionante que você tem de fazer acordo com MP.

Eventualmente, o juiz pode dizer: fez ou não o acordo é direito público subjetivo e cabe diminuição de pena. Se isso acontecer, não poderemos fazer nada porque o Tribunal Superior vai confirmar essa decisão.

O resultado final foi a apresentação desse projeto sobre a pactuação. É uma solução concreta, eficiente, definida e direcionada ao Congresso. O resultado é fazer com que o promotor tenha agilidade

para solucionar suas ações, que resolva o problema no dia a dia.

Essa é uma solução que faria com que o promotor gerenciasse seus processos. E isso não depende de assistente, nem de oficial de promotoria, nem de recursos materiais.

Para finalizar, vou fazer uma confissão: o projeto foi para o Congresso e sem querer apagaram a parte do júri, mas foi um erro. Então, eu não tenho nada a ver com isso.

Painel II - O Futuro da Promotoria Criminal

Apresentações: Alexandre Rocha Almeida de Moraes

Promotor de Justiça, Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Pedro Henrique Demercian

Procurador de Justiça de Habeas Corpus e Mandados de Segurança Criminais, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo



Pedro Henrique Demercian, Eloísa de Sousa Arruda, André Estefam Araújo Lima, Márcio Sérgio Christino e Alexandre Rocha Almeida de Moraes

RESUMO

Este artigo pretende discutir, a partir da análise econômica do direito e sob a ótica da eficiência que deve pautar a Administração Pública, um novo modelo de atuação criminal para o Ministério Público brasileiro, mais resolutivo e com atuação preventiva e repressiva orienta-

das por laboratórios de jurimetria que devem integrar um novo conceito de atuação coletiva: as Agências que atuam com novos paradigmas e orientadas pelo Princípio da Interdependência Funcional, paradigma institucional do modelo constitucional e democrático idealizado em 1988.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A legítima busca pela eficiência na política criminal. 2.1. Aspectos introdutórios. 2.2. O processo penal de resultados: um modelo de Justiça consensual e racional. 2.3. Breves considerações sobre a eficiência no direito criminal (penal e processo penal) e a teoria do *law and economics*. 3. Implantação do laboratório de jurimetria e o modelo de agência. 4. Conclusões e propostas.

1 - INTRODUÇÃO

“A existência de uma democracia legítima pressupõe longo caminho a ser trilhado, um caminho de efetivo exercício da própria democracia” (MAZZILLI, 1999, p. 96-97). Em outras palavras: o Ministério Público deve conformar-se, na prática, com o seu perfil democrático e constitucional.

A democracia representa o regime em que há participação popular, ainda que indireta, na tomada de decisão política; regime em que transparência e fiscalização representam instrumentos naturais para a correção de rumos e de orientação para as decisões de interesse da maioria.

Pode-se afirmar que muito mais do que o voto, o Estado Democrático de Direito inaugurou um novo tempo para a sociedade brasileira, mas apresentou, em especial, três diferentes personagens desde 1988: sociedade civil organizada, imprensa livre e um novo Ministério Público, diante das prerrogativas previstas nos arts. 127 e 129 da Carta da República.

Com efeito, ao lado da imprensa livre e da sociedade civil organizada, o Ministério Público é uma das grandes novidades para a prática democrática na Constituição Federal e se afigura, por excelência, como a Instituição que dispõe dos instrumentos para frear ou neutralizar esse tempo social acele-

rado que, somado ao diagnóstico já apresentado, contribui para aumentar a sensação subjetiva de insegurança e fomentar a hipertrofia legislativa irracional em matéria penal (MORAES, 2016, p. 285).

O Ministério Público recebeu do constituinte de 1988 tratamento singular no contexto da história do constitucionalismo brasileiro, reconhecendo-lhe uma importância de magnitude inédita inclusive frente ao direito comparado (BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 1139).

A Constituição Federal de 1988 alterou, substancialmente, o perfil do Ministério Público. Afastou-o da conformação que hoje tem na grande maioria dos países da Europa Continental onde, aliás, deita raízes a Instituição. Enfatizou sua peculiar natureza jurídica, que não integra e tampouco se submete à hierarquia do Estado-Aparato; o espaço de autonomia do Ministério Público é bastante distinto de outros entes Estatais, notadamente porque ele é, na verdade, o próprio fiscal do poder. A partir de 1988 a Instituição perdeu o papel de advogado do Estado e se transformou, definitivamente, em advogado da sociedade: a sociedade-governante.

A Carta Constitucional atribuiu-nos o dever de zelar pelo respeito aos direitos assegurados na CF (art. 129, II), ressaltou o caráter de órgão de defesa dos interesses sociais (estabelecendo, nessa medida, a contraposição entre o estado-aparato e estado-comunidade). O aparente paradoxo na natureza do Ministério Público reside no fato dele estar inserido no aparato estatal, mas com a função de defesa da sociedade, contra o próprio Estado. Essa nova feição do Ministério Público, inclusive e na verdade, inibiu a atividade do estado na política de atuação criminal.

Com efeito, o art. 129 da Constituição Federal é o símbolo da transformação democrática do Mi-

nistério Público. Isso porque confere como funções institucionais tanto a promoção privativa da ação penal pública e o controle externo da atividade policial, quanto o zelo e respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, dentre os quais a segurança pública (arts. 5º e 6º). O constituinte delegou-lhe prerrogativas para a promoção das medidas necessárias para proteção dos serviços públicos e de relevância pública, sem prejuízo de conferir-lhe a promoção do inquérito civil (e conseqüente capacidade investigatória), assim como da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos de caráter indisponíveis.

Contudo, na área criminal a instituição já se conformou à democracia ou continua atuando de forma similar ao contexto da legislação penal e processual penal idealizada no contexto da década de 40 do século passado?

O Ministério Público precisa e deve discutir, para efetivar sua conformação ao perfil pensado pelo constituinte, sua própria Política Criminal que inclua necessariamente: a) sua participação na Política Criminal através da concepção de uma Ciência Penal total; b) a construção de uma Política Criminal própria que discuta o trato da política de segurança pública como bem difuso que merece ser protegido, traçando estratégias para tanto; c) a construção de uma doutrina institucional de investigação criminal e de controle externo da atividade policial, assim como a fixação de parâmetros que permitam aferir sua eficiência e desempenho na diminuição das taxas de criminalidade, modificando-se, pois, toda sua estruturação de fiscalização e prestação de contas; d) a atuação, a partir da implementação de laboratórios de jurimetria, sob a forma de agências

que, além de corpo técnico – analistas de dados, peritos etc – seja criada e pensada de acordo com as disfunções sociais e não simplesmente por território (MORAES, 2016, p. 289).

Em suma, a Instituição deve exercer sua função social, dando tratamento prioritário às formas de atuação mais resolutivas e que propiciem uma melhoria na qualidade de vida da população mais desassistida, assumindo a responsabilidade de influir, inclusive, na criação e na aplicação da lei na perspectiva mais direta de reduzir os efeitos das desigualdades sociais (GUIMARÃES JÚNIOR, 1997, p. 98).

Isso porque a burocratização, a ineficiência e a lentidão da Justiça Penal não são recentes e a Instituição está direta ou mediatamente conectada ao problema. Delas têm se ocupado juristas de todo o mundo, procurando a diversificação de meios e instrumentos para que o processo atinja o objetivo colimado, conforme a finalidade que dele se pretenda extrair.

Não há novidade na constatação de que a sensação de impunidade que se difunde na opinião pública deve-se, em grande parte, dentre outros motivos, a um processo penal arraigado a costumes antigos e à escassez de mecanismos alternativos para a solução de conflitos. Vivemos há várias décadas uma verdadeira crise na Justiça Criminal, que só tende a se agravar, pois as soluções que têm sido buscadas não se mostram racionais, eficientes ou adequadas ao tempo em que se vive.

Como salienta Scarance Fernandes (2011), a ciência jurídica processual, está em constante evolução e cada vez mais se preocupa com a sedimentação de seus princípios e regras fundamentais, buscando novos rumos e a efetividade do processo.

No entanto, há um notório descompasso entre o excesso de teorização do direito penal e pro-

cessual e sua eficiência prática, como se o direito pudesse ser tomado puramente num tom fenomênico, dissociado da realidade vivida.

Bem a propósito, salienta Barbosa Moreira – ao traçar breve análise comparativa entre os sistemas do *common law* e *civil law*- que é condição *sine qua non* para a compreensão de qualquer sistema processual o contato imediato com a realidade prática e a vivência do respectivo funcionamento no seu dia-a-dia. A imagem do processo, em suma, não pode ser colhida em suas multifacetárias manifestações, senão pelo acompanhamento direto, *assíduo e atento do que se passa nos juízos* (MOREIRA, 2001, p. 171).

Sob a ótica meramente funcionalista, é inegável a influência do binômio tempo-eficiência, isto é, a investigação e o processo devem terminar no menor tempo possível e com a máxima eficiência. Essa questão, ou seja, a rápida solução para controvérsias, de maneira mais eficiente, avulta na sociedade contemporânea, especialmente nas duas últimas décadas, que são marcadas pelo extraordinário desenvolvimento e sofisticação dos meios de comunicação, notadamente aqueles ligados à tecnologia da informação.

Não seria exagerado afirmar, aliás, que as mudanças operadas por novas tecnologias, podem causar transformações equiparáveis àquelas verificadas na própria Revolução Industrial, ao longo dos dois últimos séculos (séculos XIX e XX) (SILVEIRA, 2004).

Para se compreender e questionar as mudanças do modelo de Estado e de sociedade, assimilar as características do homem pós-moderno, além dos demais fatores que contribuíram para formatar o direito penal e processo penal de efemeridade, há um pressuposto que é a compreensão do tempo social e sua relação com as atuais práticas legislativas. Em outras palavras, seria hoje possível traçar

um planejamento mínimo? Será possível encontrar a temperança, o bom senso e o equilíbrio e quiçá pautar uma Política Criminal pela racionalidade, pelo equilíbrio, pela eficiência e pela temperança, tal qual se espera de uma instituição afeita à democracia e responsável por defendê-la (MORAES, 2016, 211-212)?

O objetivo da presente tese, em outras palavras, é a breve análise de alguns instrumentos que permitam concretamente a resolução de conflitos num tempo razoável, fomentando uma atuação racional do Ministério Público na área criminal, prioritariamente preventiva e com menor custo social, maximizando, ainda, a eficiência na investigação e na repressão de crimes, respeitadas e observadas rigorosamente as garantias individuais ligadas ao devido processo legal, e, em última análise, aos axiomas do garantismo que emanam da Constituição Federal.

Como já se sustentou, vivemos atualmente a chamada era da robótica (DEMERCIAN, 2012). O avanço das ciências exatas e da tecnologia é insofismável.

Paralelamente, tem-se constatado também a sofisticação dos criminosos e de suas práticas delitivas. As atividades ilícitas são transnacionais e o combate à criminalidade igualmente ingressou na era da globalização. Não é mais possível para qualquer país imaginar uma reforma sensível do seu ordenamento penal e processual penal sem acompanhar o dinamismo legislativo internacional, por intermédio da observação e da análise comparativa da diversidade e da mobilidade dos sistemas jurídicos.

Pinto de Carvalho (1986, p. 79) pondera, com acerto, que o jurista tradicional, que conta “apenas com os dados históricos do seu próprio sistema jurídico, é levado comodamente a pensar o direito em termos de continuidade, de fixidez, de estabilidade, e não no aspecto de globalização”.

O direito, como produto cultura da humanidade, não é estático e, entre os discursos radicais e ucrônicos, entre Estado opressor e indivíduo oprimido, vislumbra-se uma terceira via do tempo histórico instituinte: a “justa medida” entre acaso e necessidade ou justamente o papel do Ministério Público no Estado Democrático e Social de Direito.

A dogmática pós-moderna é ineficiente e excessivamente simbólica sem clara delimitação de suas diversas diretrizes, o que implica leis ineficazes, deslegitimadas socialmente ou sequer conhecidas pelo povo, não obstante sua aplicação, quando ocorre, se dê de forma desproporcional e nem sempre justa.

Esse direito penal simbólico é, temporariamente, um alívio, porém em longo prazo ele se torna devastador, seja porque as expectativas repetidamente frustradas aumentam a sensação de impunidade e fomentam o justicamento privado, seja porque camufla os papéis sociais que deveriam ser executados (ainda que conjuntamente com o direito penal e processo penal) por outros agentes formais e informais também responsáveis.



Pedro Henrique Demercian

prazo (caso do Direito Penal simbólico), a combinação das duas, entre outras” (2004, p. 39).

A falta de vivência e legitimação de um direito penal e de um processo penal hipertróficos e descodificados precisa ser reconhecida pelo Estado brasileiro de modo a permitir que a busca da eficiência na prestação do serviço público, da eficácia da norma e de um direito penal construído, não sob o signo da emergência e da insegurança, mas sob a diretriz da temperança e da razoabilidade, deem seus primeiros passos rumo a uma doutrina ou teoria da legislação em matéria penal e processual penal. O mesmo se diga em relação à forma de agir do Ministério Público brasileiro na área criminal.

Nesse sentido, a presente tese tem por objetivo propor mecanismos que permitam ao Ministério Público desenvolver políticas concretas na busca da maximização da eficiência, mas sem correr o risco de enveredar pelo mero simbolismo e a busca de resultados meramente imediatos e que, a longo prazo, se mostrem equivocados.

Nossa abordagem, portanto, está centrada em três pilares: (a) o primeiro deles, a maximização da eficiência no direito penal e o chamado processo penal de resultados; (b) o segundo, a implantação de laboratórios de jurimetria, sem o quais as políticas criminais se tornariam meramente especulativas, navegando por vagas incertas, seja no âmbito preventivo, seja no tocante à investigação e repressão; (c) a estruturação de um novo Ministério Público, em um sistema de agências, orientadas pelo princípio da interdependência funcional, que superam o modelo de promotoria de justiça, seja pela composição dos membros e profissionais que a integrariam, seja pela necessidade de regionalização ou atuação conforme a natureza dos crimes e demandas sociais.

2 - A LEGÍTIMA BUSCA PELA EFICIÊNCIA NA POLÍTICA CRIMINAL

2.1 - Aspectos introdutórios

Sob a ótica meramente funcionalista, é inegável a influência do binômio tempo-eficiência, isto é, o processo deve terminar no menor tempo possível e com a máxima eficiência.

Essa questão, ou seja, a rápida solução para controvérsias, de maneira mais eficiente do ponto de vista da economia processual, avulta na sociedade contemporânea, como se disse anteriormente, notadamente nas duas últimas décadas, que são marcadas pelo extraordinário desenvolvimento e sofisticação dos meios de comunicação. Trata-se da ideia de “Aldeia Global”¹, criada pela velocidade instantânea das informações em circulação pelo mundo e que repercute no direito penal e no processo penal, criando novas expectativas de eficiência, funcionalidade e celeridade.

No entanto, não se pretende aqui discutir filosoficamente as melhores e mais sedutoras propostas de política-criminal, mas sim o aspecto mais restrito da própria instrumentalidade do processo e direito penal², sua face empírica, pautada no consenso, na diversão e na estrita observância e aplicação dos princípios que os norteiam.

O que se busca, em outras palavras, são instrumentos que permitam concretamente a resolução de conflitos num tempo razoável, respeitadas e observa-

das rigorosamente as garantias individuais ligadas ao devido processo e, em última análise, aos axiomas do garantismo que emanam da Constituição Federal.

Nossa análise está centrada, num primeiro momento, ao modelo de Justiça consensual, racional e orientada para resultados, em suas diversas manifestações, como instrumentos eficientes para a distribuição da Justiça e o encerramento dos conflitos criminais no menor tempo possível, com menor custo social e dentro do modelo garantista que norteou a Constituição da República.

Além disso, a nenhum jurista atualizado terá passado despercebida a progressiva invasão da dogmática tradicional pelos novos conceitos da análise econômica do direito (AED), teoria que teve sua gênese nos Estados Unidos, no início da década de 60, inicialmente nos domínios do direito privado com três vertentes: a Escola de Chicago, a Escola de Yale e a terceira via defendida por Mercado Pacheco.

A teoria do *Law and Economics* já encontrou campo fértil no âmbito do direito processual penal – *evidenciado pelo processo penal de resultados* – bem como no direito penal, pautando-se pela análise da escolha racional, pelo equilíbrio e por critérios de eficiência, efetividade e eficácia, paradigmas naturais na prestação do serviço público (art. 37, CF).

No Brasil, no entanto, um agir assim, seja na produção legislativa, seja nos órgãos que integram o sistema de justiça e de segurança, ainda estão muito distantes ou, quando muito, apresentam-se de forma incipiente e não institucionalizada.

As tentativas de reformas legislativa não têm surtido os efeitos desejados, seja porque extremamente fragmentadas, tímidas e revestidas – como se disse anteriormente – de mero caráter simbólico, seja porque violadas por antigas práticas burocratizantes, que lhes desvirtuam a própria essência.

1 A expressão é de Marshall McLuhan, para muitos o pensador que antecipou o surgimento da internet (cf., nesse sentido, Alcides (2012, p. 93)).

2 Há quem negue, peremptoriamente, a finalidade instrumental do processo, sob o falso argumento de que ele está em situação de antinomia com a atual conformação Constitucional brasileira, especialmente a teoria dos direitos fundamentais (ROSA, 2010, p.43).

Dois exemplos clássicos dessa afirmação podem ser encontrados justamente na Justiça Consensual (a timidez com que as regras do processo negociado foram concebidas, restringindo-se, em boa medida, aos juizados especiais criminais, em que o conceito de menor potencial ofensivo foi decidido por uma ficção pautada na pena e não pelos bens protegidos) e a adoção dos princípios de um processo oral (adotados e aplicados de forma incompleta, com os vícios burocratizantes hauridos dos processos escritos).

É certo, de todo modo, como observa Barbosa Moreira (1985), que nenhuma “revolução” puramente processual é suscetível, por si só, de produzir, na estrutura jurídico-social, modificações definitivas. Em outras palavras, há necessidade de empenho e vontade política para se romper com sistemas e métodos que, embora arraigados ao *usus fori*, já se mostraram ineficientes.

Nesse esteio, busca-se demonstrar que as técnicas e instrumentos que decorrem de justiça negociada, orientada por critérios de transparência e eficiência na tomada de decisões (para legislar, prevenir, investigar e processar) podem ser ampliados, sem perplexidades e sem o risco de ofensa às garantias individuais, e os métodos de análise das ciências econômicas – a análise econômica do direito (AED) – não violam, se tomadas antes de tudo como um método de agir, as regras garantistas que devem permear a nossa política criminal.

2.2 - O processo penal de resultados: um modelo de Justiça consensual e racional

Há uma tendência mundial para o chamado processo penal de resultados, que tem por escopo, em apertada síntese: (a) solução rápida e eficiente dos litígios; (b) a desburocratização da Justiça e sua

maior aproximação ao ser consumidor; (c) permitir que o Magistrado e Ministério Público, mais do que solucionadores de mazelas e doenças, atentem para uma postura preventiva e, quando não possível, de mediadores de conflitos.

É nesse contexto que se insere a *Justiça Consensual*, em cuja espécie é possível identificar os modelos de justiça negociada (transação penal, suspensão condicional do processo, colaboração premiada etc). Evidencia-se, portanto, uma clara antinomia e contraposição entre o consenso e a justiça imposta ou conflitual (ALBERGARIA, 2007, p. 18).

Cumprido ressaltar, desde logo, que não se está propondo a adoção do modelo estadunidense em sentido estrito, não só pela pluralidade de ordenamentos e heterogeneidade de fontes, mas principalmente pelas estruturas próprias e peculiares do Ministério Público e Poder Judiciário naquele País. Do mesmo modo, não se almeja a aplicação inflexível do chamado *adversarial system* que, ao mesmo tempo em que torna o magistrado um autêntico árbitro, dá ao órgão da acusação um amplo poder de negociação pautado em critérios absolutamente incompatíveis com o ordenamento brasileiro³.

A justiça consensuada pode e deve ser adaptada ao modelo adotado em nosso país, na busca da eficiência, sem que, para tanto, sejam sacrificados os axiomas processuais clássicos.

Quando se fala em eficiência do processo alguns equívocos recorrentes ou, pelo menos, exa-

3 Para exemplificar, basta pensar no mecanismo do Discovery, por meio do qual acusação e defesa podem ter recíproco conhecimento sobre os elementos de prova que têm à disposição. Essa troca de informações dá direito a conhecer, por exemplo, as testemunhas de acusação e o teor dos respectivos depoimentos, o que seria, a toda evidência, inimaginável em nosso ordenamento.

geros maniqueístas merecem análise. De um lado, os defensores do chamado processo de resultados, buscando, a qualquer custo, a máxima eficiência e economia processuais; de outro lado, os detratores da expressão eficiência, que veem nesse sistema uma forma de limitação de direitos e garantias individuais e afronta aos axiomas garantistas.

Esse preconceito pode ter origem na utilização do conceito em outros ramos da ciência, como a economia e administração.

Na administração, a ideia de eficiência liga-se ao bom uso dos meios ou recursos disponíveis, para se atingir um determinado resultado, previamente desejado, enquanto a eficácia prende-se ao atingimento de determinados fins. Ademais, a eficiência e eficácia são caminhos necessários na busca da efetividade, ou seja, o resultado verdadeiro, concreto e empírico (ALMEIDA; MORAES; FERNANDES, 2008, P. 19).

Em direito, no entanto, os conceitos de eficiência e eficácia são facilmente identificáveis, de acordo com a finalidade do processo almejada (instrumental; garantia contra o arbítrio Estatal ou conjunto de instrumentos e procedimentos assecuratórios dos direitos e garantias das partes dentro de um processo justo). A efetividade, no entanto, que é o próprio atingimento do resultado verdadeiro (BATISTA JÚNIOR, 2004, p. 113), apresenta-se na área do direito, especialmente o processual penal, como algo bastante fluido: paz social, vigência do estado de direito ou segurança pública e preservação da dignidade humana (ALMEIDA; MORAES; FERNANDES, 2008, P. 25).

Em outras palavras, em matéria de direito processual penal, os conceitos de eficiência, eficácia e efetividade – de acordo com os diversos cortes ideológicos que possam merecer – devem ser conjugados para se buscar um conceito e resultados adequados.

Não parece possível, no contexto de um Estado Democrático de Direito, conceber-se um processo que busque, a todo custo e com a máxima economia processual, a punição, como também não é razoável que em nome da suposta preservação de premissas garantistas, o abuso no emprego de um falso sistema de direitos, de modo a sacrificar a segurança pública e paz social.

Em suma, não é por meio de uma fórmula matemática e economicista que se atingirá a paz social e tampouco por meio de digressões ucrônicas, filosóficas e divorciadas da realidade que se poderá assegurar, no processo, um resultado justo, indene aos arbítrios estatais e que, ao mesmo tempo, evite a perda de referências cognitivas na ideia de Estado de Direito e fomenta o justicamento privado.

Portanto, um processo penal eficiente tem um claro caráter instrumental, concreto, empírico, dentro de um sistema de direitos e garantias das partes, assegurados num procedimento que se desenvolva num prazo razoável, para se atingir um resultado justo.

Dentro dessa ótica, é perfeitamente possível a compatibilização do processo penal consensual, dos procedimentos abreviados e de regras típicas do processo oral, com um processo de inspiração garantista e não retoricamente paternalista.

Há quem negue, como dissemos, peremptoriamente o caráter instrumental do processo, com argumento que beira o silogismo erístico, ou seja, de que o consenso em matéria penal representará a ocisão dos direitos e garantias individuais, que não são compatíveis com o poder dispositivo das partes.

O equívoco nesse entendimento parece estar centrado, em primeiro lugar, na ideia maniqueísta que contrapõe (e não admite a conjugação) entre o poder punitivo Estatal e as garantias individuais

que emanam do devido processo legal; em segundo lugar, na falsa premissa de que um processo penal consensual (Justiça Negociada) é inconciliável com a preservação dos direitos e garantias individuais e o devido processo legal, isto porque, no primeiro caso, o direito em jogo tem índole patrimonial, privada e disponível; e, a segunda hipótese, cuida de interesse público e indisponível.

Para os defensores radicais desse ponto de vista, o réu não é objeto do processo (como se via na origem do processo) e nem sujeito de direitos (como é encarado no direito contemporâneo), mas um autêntico objeto de estudo acadêmico, enquanto o processo nada mais é do que um fenômeno a ser dissecado e estudado academicamente.

Em outras palavras, o acusado nesse processo penal é alijado da sua autodeterminação. Trata-se de um ente desprovido de vontade e que não tem a capacidade de avaliar, para ele próprio, qual seria a melhor e mais conveniente maneira de enfrentar a opção Estatal em face da via reativa adotada, isto é, o consenso ou o conflito.

Imagine-se, por exemplo, que fosse adotado no direito brasileiro o consenso em maior amplitude. Tome-se o delito de roubo, para análise: dispõe o julgador de generosa escala (04 a 12 anos de reclusão), para acomodar os diversos episódios delituosos.

Uma lei que autorizasse o Ministério Público a oferecer, v.g., uma proposta de quatro anos de reclusão, em regime aberto ou cinco anos de prisão, com sanção restritiva de direitos por igual período, seria considerada inconstitucional, pois o réu não teria o poder dispositivo. A única via reativa, portanto, seria o processo criminal, não raro demorado e que, por esta razão, apenas prolongaria a agrura do próprio réu, sujeitando-o, ainda, em tese, a uma sanção mais rigorosa do que aque-

la proposta inicialmente e, o que é mais grave, em regime fechado.

Além disso, não seria desarrazoado afirmar-se que essa rigorosa punição poderia ocorrer num momento em que não mais se mostrasse, do ponto de vista individual ou social, necessária e suficiente, posto que não alcançada pela prescrição⁴.

Em outras palavras, seria razoável exigir-se do réu a submissão a uma pena mais gravosa, em nome de uma suposta medida garantista, que lhe retira o poder dispositivo e a possibilidade de chegar a um consenso que, concretamente, lhe seja mais favorável? Por certo, a resposta é negativa.

O falso conceito de que consenso e garantismo são institutos que necessariamente se contrapõem e excluem, talvez esteja fundado, como se disse, num modelo de Justiça Negociada oriunda do direito norte-americano, cujos vícios encontrarão consistente proteção na sistemática brasileira⁵, na qual se adota, dentre outras técnicas, o chamado *inquisitorial system*, que não retira do juiz o poder instrutório e não o coloca como um mero espectador inerte, permitindo-lhe inclusive, quando for o caso, declarar o réu indefeso.

4 É cediço daqueles que atuam na Justiça Criminal, que determinados processos se estendem por mais de cinco ou seis anos, até que se tenha uma decisão definitiva proferida pelas mais altas Cortes do país. Durante todo esse período, é possível que o réu aguarde em liberdade (em homenagem ao princípio do estado de inocência) e, depois de tanto tempo, seja recolhido ao cárcere, num momento em que, talvez, já tenha estruturado uma nova vida e meditado suficientemente sobre a falta cometida.

5 Só para se dar, por ora, um único exemplo, no direito americano a profusão de acordos (com condenações) está ligada, dentre outros argumentos de caráter econômico e de eficiente administração da Justiça, na forma de escolha do próprio acusador. O *prosecutor* é escolhido por votação popular e não raro seu futuro político está baseado nos resultados concretos auferidos: o número de condenações criminais (cf., nesse sentido, Moreira (2001, p. 168)).

Um processo penal eficiente e eficaz é aquele que permita, no menor tempo possível, dentro do critério da razoabilidade, dentro da estrita legalidade e observância aos direitos e garantias individuais ligados ao devido processo legal, o atingimento de um resultado que seja justo e se aproxime do fim colimado, qual seja, a segurança pública e a paz social, mas não à custa de subtrair do indivíduo – da forma que melhor lhe convier – todos os instrumentos de defesa contra o eventual abuso do poder punitivo Estatal.

Já a política criminal racional deveria ser aquela que, longe de adivinhações, é planejada e traçada para uma atuação preventiva menos custosa socialmente e para uma investigação e repressão mais eficientes.

Nesse sentido, repita-se, no contexto da pós-modernidade (novos bens alçados à proteção jurídico-penal, globalização e revolução dos meios de comunicação), frente às novas formas de criminalidade que muito se distanciam do modelo clássico de inspiração iluminista (criminalidade organizada transnacional, terrorismo, criminalidade econômico-financeira) e, sobretudo, no contexto de um Estado Democrático de Direito, a política criminal (política legislativa, do sistema de segurança e agentes do sistema de justiça), tem o dever de ser construída orientada para as consequências, com critérios mínimos de racionalidade e eficiência.

2.3 - Breves considerações sobre a eficiência no direito criminal (penal e processo penal) e a teoria do *law and economics*

A análise econômica do direito (AED) teve sua gênese nos Estados Unidos da América, no início da década de 60, inicialmente nos domínios do direito privado com três vertentes: a Escola de Chi-

cago, a Escola de Yale e a terceira via defendida por Mercado Pacheco⁶. Essa teoria já encontrou campo fértil no âmbito do direito processual penal – evidenciado pelo processo penal de resultados, bem como no direito penal, pautando-se pela análise da escolha racional; o equilíbrio e dos critérios de eficiência (RODRIGUES, 2016, p. 32).

A análise econômica do direito tem um cunho eminentemente consequencialista, aproximando-se do utilitarismo, que é presidido pela máxima felicidade para a maioria, contrapondo-se à ética clássica alemã, de Kant, que repudia considerações utilitárias como base para se avaliar o valor moral das ações. De igual modo, tem relevância simétrica com ideais do movimento penal funcionalista na medida em que busca, grosso modo, mesclar dogmática e política criminal, afastando-se da ideia de uma ciência pura do direito (Kelsen), orientando-se, portanto, funcionalmente para a realidade.

O que importa na aplicação do método das ciências econômicas aplicável ao direito é verificar a quais incentivos os indivíduos reagem e de que maneira o fazem, não se podendo cogitar, portanto, nenhuma violação a princípios morais que atinjam a dignidade da pessoa ou suas garantias individuais.

Esse método se assenta fundamentalmente em três premissas: (a) a escolha racional, isto é, quem pratica o fato infringente da norma penal atua de forma racional; (b) o equilíbrio, que corresponde à interação social, vale dizer, o exercício da autoridade (cumprimento de um comando legal) ou a livre negociação (consenso); (c) a eficiência da escolha, que se verifica quando os benefícios da escolha superam os custos.

⁶ Sobre a evolução da teoria do *law and economics*, ver Fonseca (2017, p. 202-203).

A escolha racional, por sua vez, está estruturada nos seguintes pilares: (a) consistência da escolha, isto é, o indivíduo tem um conjunto de preferências estáveis e predeterminadas e sempre pode optar por uma delas; (b) a consequência que a escolha acarreta, ou seja, aquela que proporciona maior utilidade (maximização da utilidade), ou seja, quanto maior a perda de utilidade, a insatisfação que a sanção origina, mais difícil é que a utilidade do crime seja positiva; (c) o custo-benefício, baseado no fato de que o indivíduo pratica a ação se o benefício esperado foi maior que o custo, por exemplo, a grosso modo, a probabilidade de sofrer uma sanção (RODRIGUES, 2016, p. 11-12).

No campo penal, essa probabilidade está ligada também, obviamente, à eficiência dos órgãos de justiça e segurança pública *lato sensu*.

Em suma, o agente avalia as vantagens e desvantagens que a ação proporciona e o seu custo, isto é a satisfação a que abdica ao escolher determinada alternativa.

Na precisa lição de Silva Sánchez (2004, p. 13), entre o sujeito delinquente e o não-delinquente não há diferenças estruturais (não há, a rigor, o sujeito normal e o sujeito desviado) e ambos operam segundos idênticos princípios. São fatores situacionais – ou de confluência de motivações favoráveis e contrárias – que dão lugar ou não à realização do fato delitivo.

Esse pensamento nos parece mais igualitário do que outros princípios ditos progressistas, pois a relação custo-benefício atua de acordo com variáveis em virtude de valores e convenções (aspectos morais, sociais etc). É evidente que, nesse sistema, a pena tem de se fazer efetiva: deve ser maior do que a vantagem haurida com a prática do delito, mas tem de ser, também, proporcional e adequada. Uma

pena muito elevada ou uma pena muito incipiente, ambas podem ser encaradas como ineficientes.



Alexandre Rocha Almeida de Moraes

Como ressalta Silva Sánchez, o direito penal deve adicionar custos ao delito de tal forma que eles superem as vantagens. Ou seja, o indivíduo cometerá um fato delitivo se, e somente se, a sanção esperada for inferior às vantagens privadas com a realização do ato, mas tem de ser, também, proporcional e adequada. Uma pena muito elevada ou uma pena muito incipiente, ambas podem ser encaradas como ineficientes (SÁNCHEZ, 2004, p. 27-28).

Além disso, é possível cogitar vantagens adicionais para a realização de atividades lícitas, como, por exemplo, a redução da taxa de desemprego, lisa em processos de concorrência e assim por diante. Esse custo do direito penal não se refere, apenas, à sanção, mas a benefício global de uma atividade sancionadora ou não-sancionadora. Uma escolha política na seleção de bens a serem protegidos.

Evidente que em matéria de custo-benefício algumas limitações não de ser impostas. Basicamente, aquelas ligadas aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana. Daí porque a teoria

do *law and economics* não poderá compactuar, por exemplo, com a pena capital, com a tortura ou acordos desproporcionais.

Como é cediço, o Princípio da Proporcionalidade, na origem alemã, apresenta dois significados. A primeira acepção – a proibição da proteção excessiva do Estado em prol do indivíduo restringido em sua liberdade-, ou simplesmente a proibição do excesso (*Übermassverbot*); a segunda – a proibição da proteção deficiente do bem jurídico –, também conhecida como proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) (STRECK, 2011).

Além disso, o indivíduo, seja no processo penal, seja no processo civil, não pode ser privado da sua autonomia de vontade e a escolha da melhor via em face de confronto com o poder do Estado. O consenso, nessa ordem de ideias, não viola a dignidade da pessoa. De resto, os custos do processo e da pena não são monetários, mas sociais no sentido mais amplo.

Firmadas tais premissas, como poderia o Ministério Público, emprestando conceitos da análise econômica do direito, aperfeiçoar-se, seja para uma atuação criminal consentânea com o contexto democrático, seja para construir políticas criminais (de investigação, prevenção e repressão) orientadas para os resultados, com melhor custo-benefício social e, portanto, mais transparentes e eficientes?

Daí surgem as ideias do uso da jurimetria e nova estrutura de atuação funcional.

3 - IMPLANTAÇÃO DO LABORATÓRIO DE JURIMETRIA E O MODELO DE AGÊNCIA

Na afirmação dos principais personagens do atual modelo democrático, mudou a sociedade, mudou a dogmática penal e processual, mudou a forma do Ministério Público atuar, sobretudo na

área de interesses difusos, mas a instituição ficou anacrônica em sua forma de atuar na área criminal, ressaltadas pouquíssimas exceções.

A Instituição passou, a partir de 1988, de coadjuvante a uma das protagonistas do Sistema de Justiça no país, em especial por conta de sua atuação de ter o monopólio do inquérito civil e de, na prática, ser o principal agente na promoção de termos de ajustamento de conduta e ações civis públicas.

Contudo, na área criminal, o Ministério Público foi reformatado pelo constituinte e vive interessante paradoxo: simultaneamente, exerce parcela de soberania do Estado, através da promoção da ação penal pública e, de outro, tutela interesse difusos, coletivos e individuais homogêneos (que muitas vezes configuram crimes), por vezes processando e investigando o próprio Estado.

Simetricamente, age no processo penal ora com atribuições similares ao magistrado (seja transacionando, seja selecionando o que será processado ou arquivado), seja como polícia (investigando, ainda que subsidiariamente, assim como exercendo, ainda que de maneira precária, o controle externo da atividade policial).

De igual modo, sua função de combate às desigualdades sociais concilia-se com a defesa do regime democrático que também pressupõe o combate eficiente da criminalidade econômico-financeira e dos crimes de colarinho branco:

Os criminólogos há muito tempo, e os penalistas mais recentemente, vêm apontando com estarrecedora frequência para o inegável fato de que o sistema penal tem contribuído historicamente para a manutenção do sistema de poder e para a preservação de desigualdades sociais (BUSATO, 2017).

Nesse sentido, dentro do novo perfil constitucional de Ministério Público, existem dois modelos de atuação: o demandista e o resolutivo. O Ministério Público demandista, que ainda prevalece, é o que atua perante o Poder Judiciário como agente processual, transferindo a esse órgão a resolução de problemas sociais; enquanto o Ministério Público resolutivo é o que atua, sobretudo, no plano extrajudicial, como um grande intermediador e pacificador dos litígios sociais (GOULART, 1998, p. 119-123)⁷.

É evidente que, pensando na proteção de bens transindividuais e colocando tanto o “direito à segurança”, quanto o “direito à ordem jurídica” através de uma política legislativa racional, como causas obrigatórias, incumbe ao Ministério Público enfrentar, de forma resolutive, os conflitos e mazelas decorrentes de uma política de segurança pública equivocada, assim como do caos normativo atualmente instalado no país.

Para tanto, é imperioso que a instituição passe a praticar uma política de justiça consensual, uma atuação mais preventiva, menos custosa socialmente, mais eficaz e com resultados palpáveis na área criminal.

Repita-se: para tanto o Ministério Público brasileiro deve assumir suas funções de agente político em matéria penal, com atuação pautada pela eficiência no enfrentamento da criminalidade, pela prevenção, através dos instrumentos normativos concedidos pelo constituinte que permitam a proteção suficiente da “segurança pública” e, finalmente, a assunção de seu papel de corresponsável pela construção de políticas criminais mais eficientes e racionais.

Seria, no entanto, possível, nas ciências humanas, máxime na análise das disfunções sociais deno-

minadas de infrações penais, prever ou, ao menos filtrar, avaliar e selecionar modelos padronizados de ocorrências criminais de modo a propiciar uma atuação preventiva e repressiva mais eficientes?

Esse é justamente o objeto da jurimetria.

Define-se a jurimetria em matéria criminal como ramo da Criminologia que utiliza a metodologia estatística para investigar o funcionamento do conjunto de normas penais e extrapenais, que se prestam à proteção de bens e servem como instrumento de controle social (MORAES, 2016, p. 274).

Ainda a título ilustrativo, poder-se-ia, sob o enfoque aqui proposto, questionar se o Ministério Público se preocupa com as consequências e os custos sociais e econômicos impostos pelo crime, assim como quais são os custos suportados pelo Estado e pela sociedade no combate a determinado tipo de criminalidade? Seria possível estabelecer parâmetros mínimos para uma atuação preventiva e repressiva mais eficientes, passíveis de transparência e controle?

Dantas (2002) utiliza a expressão “análise criminal” como o processo analítico e sistemático de produção de conhecimento orientado segundo os princípios da pertinência e da oportunidade, sendo realizado a partir do estabelecimento de correlações entre conjuntos de fatos delituosos ocorridos (“ocorrências policiais”) e os padrões e tendências da história da criminalidade de um determinado local ou região.

Incumbe ao analista as “tarefas analíticas e estatísticas, incluindo: (a) a utilização de aplicativos de computação, (b) a realização de amostragens estatísticas aleatórias, (c) elaboração de análises e estudos de correlação e regressão e (d) estudos probabilísticos” (DANTAS, 2002).

Como se sabe, uma atuação preventiva, ou seja, pensar a “segurança pública” e a “racionalidade

⁷ No mesmo sentido, veja a Recomendação n. 57, de 28 de março de 2017, publicada durante a 6ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional do Ministério Público (2017).

legislativa” como bens que merecem tutela e exigem estratégia de proteção, tal qual se fez na proteção do meio ambiente, consumidor, probidade administrativa etc, exige a compreensão do próprio custo-benefício da prevenção, voltando suas forças para: (a) prevenção primária (atuando nas causas da criminalidade, como os déficits de políticas públicas), (b) prevenção secundária (traçando estratégias mais incisivas e preventivas para os indivíduos mais propensos a cometer delitos, através de uma leitura interdisciplinar do fenômeno “crime” e do “perfil do criminoso”); e (c) prevenção terciária (direcionamento de uma política, com suporte empírico, específica para os indivíduos que já cometeram crimes, com o propósito de se evitar a reincidência) (MORAES, 2016, p. 296).

O custo-benefício do crime tem valido à pena, inclusive pela atuação anacrônica do Ministério Público.

Há de se ressaltar, desde já, que a atual forma passiva e pouco resolutiva na área criminal (que se revela anacrônica frente os tipos de criminalidade da pós-modernidade, assim como para a forma de persecução penal e para o modelo institucional contemplado na Constituição), exigirá, para sua completa transformação: exige-se a adequada formação e aperfeiçoamento profissional dos membros do Ministério Público, além de uma revisão das diretrizes e prioridades por parte dos órgãos de Administração Superior da Instituição.

O recrutamento de promotores de justiça também deverá ser orientado para profissionais que vislumbrem a implementação de políticas públicas como parcela da política preventiva de segurança e que se disponham a trabalhar de forma multidisciplinar e com instrumentos de prognose, o que deve implicar a formação, aplicação e desenvolvimento de programas de qualidade, produtividade, treinamento, desenvolvimento, modernização e busca da racionalização do

próprio serviço, por simetria ao disposto no art. 39, §7º da Constituição (MORAES, 2016, p. 301).

Ao que parece, quando passar a ser cobrado socialmente sobre isso e passar a divulgar as informações, o Ministério Público brasileiro fatalmente se dará conta de que não pode trabalhar com eficiência na repressão da criminalidade se: (a) não desenvolver a cultura de agir a partir de estudos empíricos sobre os perfis de vítimas, criminosos, locais de maior incidência de crimes etc, de modo a traçar estratégias de atuação; (b) não construir uma doutrina minimamente uniforme, no país, de controle externo da atividade policial e de investigação criminal segundo suas próprias características; (c) não atuar de forma integrada dentro do próprio Ministério Público, seja entre os membros da área criminal, seja entre estes e promotores ou procuradores da área cível e de interesses difusos e coletivos; (d) não atuar de forma integrada com os demais agentes formais de justiça e segurança pública; e) não desenvolver canais permanentes de interação com a sociedade civil, organizada ou não⁸; (f) enfim, não planejar sua atuação e, pois, deixar de atuar de forma resolutiva (MORAES, 2016, p. 304).

Embora seja necessária cautela com a análise de dados estatísticos oficiais, na medida em que há uma quantia significativa de delitos não comunicados ao Poder Público por inércia ou desinteresse das vítimas, motivados por diferentes razões, assim como por erros de coleta e a manipulação de dados pelo Estado, parece evidente que as estatísticas criminais servem de fundamento à adoção de políticas criminais e de doutrina de segurança pública (seja quanto à prevenção, seja quanto à repressão eficiente). É nesse cenário que se coloca a jurimetria.

⁸ Incumbe-lhe, por exemplo, a realização de audiências públicas, a construção de planos de metas e atuação vinculados aos interesses sociais, sem prejuízo da realização de consultas públicas, tal qual a regra prevista no art. 31 da Lei nº 9.784/99.

Assim, as proposições já apresentadas e a implementação de um sistema de agências do Ministério Público dependem, necessariamente, do conhecimento e adequada manipulação de dados estatísticos e de um trabalho, portanto, interdisciplinar.

É um verdadeiro truísmo dizer-se que estatísticas não têm aptidão para produzir certezas absolutas. Trata-se, contudo, de consistente instrumento para o conhecimento da realidade vivida, sempre representando nortes razoavelmente objetivos para pautar a tomada de decisão na arte de produzir leis penais e sistemas de prevenção e persecução.

Isso exige uma reavaliação do papel institucional do Ministério Público que, ganhou novo perfil, novos instrumentos e novas atribuições com a Constituição Federal. O Ministério Público brasileiro precisa assumir sua feição democrática, isto é, exercer suas novas funções em consonância com a democracia e o republicanismo presentes no texto de 1988.

Partindo-se da mudança da mentalidade dos membros e de metas da instituição, chega-se a uma maior abertura – e, então, efetiva promoção – dos ideários democrático e republicano; daí a importância a ser conferida à formação profissional e acadêmica dos membros do Ministério Público e o papel da instituição nessa construção, a fim de que se amplie o atual processo de redirecionamento do atuar ministerial, preferencialmente no sentido da verdadeira criminalidade – esta, por sua vez, composta pelos sujeitos que propiciam as mais contundentes lesões aos objetivos, valores e fundamentos da República Brasileira, esculpidos na Constituição Federal (BITTAR, 2014, p. 361-362).

Para iniciar esse desafio de implantar internamente e externamente o republicanismo democrático, o Ministério Público deve compartilhar a tomada de suas decisões, assim como explicitar os diagnósticos das disfunções sociais constatadas a partir de suas atividades e,

ainda, discutir planejamentos e dividir tarefas, obrigatoriamente, com os núcleos familiares, escolares, religiosos, enfim, com todas as instâncias da sociedade civil, de modo a fomentar uma consciência cidadã e, simultaneamente, delimitar competências, separar papéis sociais e repartir responsabilidades (MORAES, 2016, p. 253).

Assim, o diagnóstico de causas determinantes de criminalidade e a aplicação conjunta de medidas de repressão em curto prazo e, no longo prazo, medidas preventivas com a construção de políticas públicas básicas (apuração dos indicadores de déficits de políticas públicas associadas à criminalidade), a construção de redes protetivas de direitos sociais e a adoção de outras medidas menos custosas socialmente, devem integrar as diretrizes da atuação da agência, permitindo uma atuação preventiva (com a colegitimação do promotor criminal para a ação civil pública e respectivas ferramentas de investigação), sem prejuízo do natural trabalho repressivo e de investigação que passará a ser mais eficiente.

Saberes empíricos, o uso de parâmetros comparativos, estatísticas judiciais e policiais, o uso da criminologia e da sociologia criminal, a identificação de causas determinantes de criminalidade, de locais mais propícios para a prática de infrações penais, identificação do papel social das vítimas em potencial, enfim, a identificação de fatores criminógenos não são propriamente novidades⁹.

⁹ Densidade populacional e grau de urbanização local, bem como o tamanho da comunidade e de suas áreas adjacentes; variação na composição do contingente populacional local, particularmente quanto à prevalência de estratos populacionais jovens e de indivíduos do sexo masculino; estabilidade da população no que concerne a mobilidade de residentes locais da comunidade, seus padrões diários de deslocamento e presença de população transitória ou de não-residentes; meios de transporte localmente disponíveis e sistema viário local; 5. Condições econômicas, incluindo renda média, nível de pobreza e disponibilidade de postos de trabalho; aspectos culturais, educacionais, religiosos e oportunidades

Mas nessa sociedade pós-moderna, complexa e contingente tais parâmetros são decisivos para a construção de uma dogmática penal mais verificável quanto à sua aplicabilidade técnica e econômica, assim como quanto à sua eficácia social.

Com efeito, “a Política Criminal serve, nesta análise interdisciplinar, como fio condutor dos estudos e pesquisas realizados por aquelas disciplinas, evitando que a dogmática jurídico-penal se feche em seu sistema formal”, assinala Cavalcanti (2005, p. 345).



Ademais, a política legislativa e de segurança orientadas pelas consequências, pautadas pela eficiência e preocupadas com o mínimo de eficácia

de lazer e entretenimento; condições da matriz social nuclear, no que concerne o divórcio e coesão do grupo familiar; clima local; efetividade das instituições policiais locais; ênfase diferenciada das polícias locais nas funções operacionais e administrativas da instituição; políticas, métodos e processos de funcionamento das outras instituições que dão corpo ao sistema de local de justiça criminal, incluindo o Ministério Público, Poder Judiciário e Autoridade Prisional; atitudes da cidadania em relação ao crime; práticas prevalentes de notificação de delitos ocorridos às autoridades policiais, dentre outros fatores, conforme elenco didático de Figueiredo Dias e de Andrade (1992, p. 119).

devem, necessariamente, trabalhar com predições, prognoses e avaliações dos dados coletados a partir de abordagens multidisciplinares e não sob a forma de *ilhas* (MORAES, 2016, p. 271).

Daí surge a ideia de superar o modelo de promotoria e pensar uma atuação política de seus membros (de primeira e segunda instâncias), com analistas técnicos (peritos), analistas de dados (profissionais de jurimetria), analistas jurídicos e servidores voltados e formados em uma cultura multidisciplinar que entende o crime, antes de mero fenômeno jurídico, como uma disfunção social que pode e deve ser avaliado por diferentes perspectivas.

Para o trabalho em agência é preciso uma nova análise do trinômio unidade-indivisibilidade-independência funcional (DEMERCIAN, 2009, p. 77).

A independência funcional, como se sabe, não constitui um privilégio pessoal, mas prerrogativa indissociável do dever funcional, para cuja realização se preordena (DEMERCIAN, 2009, p. 83).

Assim, levando-se em conta a estrutura que se propõe, para uma ampla discussão institucional, do modelo de agência – com promotores e procuradores de justiça, com analistas jurídicos, técnicos (peritos), analistas de dados ou de jurimetria, com a eleição de uma atuação preventiva e repressiva simultaneamente (inclusive com a colegitimação para a ação civil pública, para o inquérito civil etc) e, finalmente, mitigando a ideia de atuação vinculada ao poder judiciário, ao território e priorizando uma atuação voltada para as causas que podem ultrapassar limites territoriais tradicionais de uma comarca – é fundamental rever e conciliar os princípios institucionais previstos no §1º do art. 127 da Constituição da República, de modo que convivam de modo harmônico na feição democrática que se espera do Ministério Público.

Para tanto, defende-se que o princípio institucional que deva orientar a atuação da agência seria o princípio da interdependência funcional, a ideia de uma atuação sem ingerências externas, mas orientada para uma atuação efetivamente integrada, em que a independência individual pura e simples dá espaço para uma vontade construída, consensualmente, pela agência, a partir, logicamente, de premissas orientadas pela lei e pelas causas sociais que legitimam e autorizam a atuação do Ministério Público de modo mais racional e eficiente.

4 - CONCLUSÕES E PROPOSTAS

Como visto, no exercício de suas novas funções foi conferida ao Ministério Público a promoção privativa da ação penal pública¹⁰.

Essa função institucional representa verdadeira garantia para os cidadãos, que somente podem ser processados por um órgão imparcial e independente e, de outra parte, uma garantia aos cidadãos que tiveram seus interesses violados ou ameaçados de lesão, eis que, além de obstar o justicamento privado e notoriamente desproporcional, permite, em tese, que a sanção pública se efetive por uma instituição respeitada socialmente¹¹.

10 Até 1988, vigora no Processo Penal brasileiro (Decreto-Lei 3.689 de 1941), o procedimento "judicialiforme", previsto, até então, nos artigos 26 e 531. O art. 26 disciplinava que as contravenções penais poderiam ser iniciadas pelo auto de prisão em flagrante da autoridade policial, ou de ofício pelo juiz ou delegado, através de Portaria; enquanto que o art. 531 previa que o processo das contravenções teria forma sumária, iniciando-se pelo auto de prisão em flagrante ou mediante portaria expedida pela autoridade policial ou pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público.

11 O Ministério Público (MP) está entre as três instituições mais confiáveis e honestas para a população brasileira, de acordo com pesquisa da Fundação Getulio Vargas (2012), publicada no relatório ICJ Brasil do 4º trimestre de 2011. A pesquisa que avalia o índice de confiança na Justiça vem sendo desenvolvida desde 2009.

A legitimação extraordinária dada pela lei para que o Ministério Público promova, em nome da maioria maciça dos indivíduos lesados, a ação civil pública, a circunstância de atuar como verdadeiro mecanismo de controle social (arquivando, denunciando, exigindo diligências e controlando a atividade policial), assim como a privatividade do exercício da ação penal pública explicitam que a participação do Ministério Público na política criminal jamais deveria se dar exclusivamente no aspecto repressivo e nem, tampouco, deveria se portar como mero crítico da política de segurança pública.

O uso da jurimetria como mecanismo automático para subsidiar a forma de atuação repressiva (eficiência no combate à criminalidade com possibilidade verificação e controle externo da atividade policial e investigação criminal subsidiária), permitirá, naturalmente, prognósticos e a identificação de causas de agir na promoção de inquéritos civis e ações civis públicas por conta da violação de direitos sociais não implementados e que contribuem para alimentar as disfunções sociais.

O desenvolvimento de uma doutrina de prevenção de criminalidade no contexto de uma concepção de justiça consensual, assim como o trabalho orientado por estudos empíricos, além de contribuir para a melhoria na investigação, diminuir a subnotificação e conferir maior eficiência repressiva, tornará explícita, ao próprio Ministério Público, sua responsabilidade na tutela da segurança pública e corresponsabilidade pelas políticas criminais do Estado.

A atuação em forma de agência permitirá, ademais, o desenvolvimento de uma atuação no *enforcement* de lei penal, criando, como verdadeiro *ombudsman* social a cultura de indicação do custo da lei penal: custo social e financeiro de uma norma (FERRAZ; FERRAZ, 1997, p. 117) e assumindo, quase

trinta anos depois da Constituição cidadã uma missão confiada que ainda não foi plenamente descoberta (MORAES, 2016, p. 338).

PALAVRAS-CHAVE

Agência. Jurimetria. Interdependência funcional. Ministério Público. Atuação criminal e eficiência.

ABSTRACT

This article intends to discuss, from the Law and Economics theory and from the point of view of efficiency that should guide the Public Administration, a new model of criminal action for the Brazilian Public Prosecutor's Office, more resolute and with preventive and repressive action oriented by jurimetrics laboratories which should integrate a new concept of collective action: the Agencies that operate with new paradigms and guided by the Principle of Functional Interdependence, institutional paradigm of the constitutional and democratic model idealized in 1988.

KEYWORDS

Agency. Jurimetric Analysys. Functional Interdependence. Public Prosecutor's Office. Criminal activity and efficiency.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A legítima busca pela eficiência na política criminal. 2.1. Aspectos introdutórios. 2.2. O processo penal de resultados: um modelo de Justiça consensual e racional. 2.3. Breves considerações sobre a eficiência no direito criminal (penal e processo penal) e a teoria do *law and economics*. 3. Implantação do laboratório de jurimetria e o modelo de agência. 4. Conclusões e propostas.

REFERÊNCIAS

- ALBERGARIA, Pedro Soares. **Plea Bargaining**: aproximação à Justiça Negociada nos EUA. Coimbra: Almedina, 2007.
- ALCIDES, Sérgio. Valéry on-line, Mcluhan off-line. In: NOVAES, Adauto (Org.). **O futuro não é mais o que era**. Rio de Janeiro: Artepensam, 2012.
- ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Editora Limitada, 1992.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BUSATO, Paulo César. **O papel do Ministério Público no futuro do Direito Penal brasileiro**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-papel-do-ministerio-publico-no-futuro-do-direito-penal-brasileiro-0>>. Acesso em: 11 jan. 2017.
- CARVALHO, Paulo Pinto de. Uma incursão no Ministério Público à luz do direito comparado: França, Itália, Alemanha, América do Norte e União Soviética. In: MORAES, Voltaire de Lima (Org.). **Ministério Público, Direito e Sociedade**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986.

CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. **Crime e Sociedade Complexa**. Campinas: LZN, 2005.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Diário Eletrônico do CNMP**. Edição nº 72, 18 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/ED.72_-18.04.2017_1.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2017.

DANTAS, George Felipe de Lima. **Algumas Considerações básicas acerca da moderna análise criminal**. 2002. Disponível em: <<http://www.policiaeseguranca.com.br/basicas.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. Aparentamentos sobre o crime organizado, a Justiça Consensual e o valor probatório das declarações do corréu. In: CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães; MESSA, Ana Flávia (Orgs.). **Organizações Criminosas**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Regime jurídico do Ministério Público no processo penal**. São Paulo: Verbatim, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O consenso na justiça penal brasileira**. Disponível em: <<http://www.direito-processual.org.br/dados>>. Acessado em: 18 jun. 2011.

_____; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: _____ (Coords.). **Sigilo no Processo Penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; FERRAZ, Patrícia André de Camargo. Ministério Público e Enforcement: mecanismos que estimulem e imponham o respeito às leis. In: FERRAZ, Antonio Augusto

Mello de Camargo (Coord.). **Ministério Público: Instituição e Processo**. São Paulo: Atlas, 1997.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Relatório ICJ Brasil**. São Paulo, 2º e 3º trimestre de 2012, 1ª e 2ª onda, ano 4. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10282/Relat%C3%B3rio%20ICJBrasil%20%C2%BA%20e%20%203%C2%BA%20Trimestre%20-%202012.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e Democracia: Teoria e Práxis**. São Paulo: Editora de direito, 1998.

GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. Papel constitucional do Ministério Público. In: FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo (Coord.). **Ministério Público: instituição e processo**. São Paulo: Atlas, 1997.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Ministério Público e a Defesa do Regime Democrático. In: **Ministério Público II: Democracia**. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; VIGLIAR, José Marcelo Menezes (Coords.). São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal Racional: Propostas para a construção de uma teoria da legislação e para uma atuação criminal preventiva**. Curitiba: Juruá, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do Processo Civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. **Revista de**

Processo (37):141, janeiro/março de 1985, Ed. Revista dos Tribunais.

_____. **Temas de Direito Processual**: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROSA, Alexandre de Moraes da. **Processo Penal Eficiente?** Não, obrigado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Eficiência e Direito Penal**. São Paulo: Manole, 2004.

SILVEIRA, Marcelo Deiro Prates da. Efeitos da globalização e da sociedade em rede via internet na formação de identidades contemporâneas. **Psicologia, Ciência e Profissão**, 2004, 24(4): 42-52.

STRECK, Lenio Luiz. **O princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico**. 2011. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/1.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2017.

Painel III: Ingerência Penal, Tutela penal de interesses difusos e Garantismo social **Apresentação: Paulo Cezar dos Passos**

Procurador-Geral de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul



Renato de Mello Jorge Silveira, Roberto Barbosa Alves, Antonio Carlos da Ponte e Paulo Cezar dos Passos

Bom dia a todos! Vim aqui para participar deste evento não como Procurador-Geral, mas como membro do Ministério Público. Vim, primeiramente, pelo apreço que tenho pelo Ministério Público de São Paulo e por São Paulo, porque também sou paulista de Pereira Barreto. Mas vim, também, em razão da grande amizade, do carinho e da gratidão que tenho a meu amigo da Ponte. Ele não é só meu professor, orientador, mas é um amigo de vida.

Cumprimento os colegas da mesa, Dr. Renato, Dr. Roberto e, em nome de todos do Ministério

Público de São Paulo, quero cumprimentar meu amigo Alexandre, uma pessoa brilhante, inteligente e que pensa o Ministério Público brasileiro.

Quando a gente pensa o Ministério Público e discute as questões sobre ele, eu me lembro uma passagem dita pelo professor Roberto Mangabeira Unger: “a tarefa do pensamento é de confortar os aflitos e afligir os confortados”. Nós temos de pensar.

Eu digo isso porque quando comecei a participar do congresso eu tirei um pouco as teias de aranha do pensamento, da memória, e pensei um

pouco sobre minha vida. Eu me formei em 1989 no Mato Grosso do Sul, naquela época tinha apenas uma faculdade. E me lembro de um livro e depois de um filme que me fizeram me apaixonar pelo Direito e pelo Tribunal do Júri.

Não sei se alguns já leram o livro ou assistiram ao filme, mas ele chama “Acima de qualquer suspeita”. Narra uma história brilhante de um Promotor acusado de homicídio e quem ao fim se descobre que a culpada é a esposa dele que sequer foi julgada.

Dessa forma, fiquei ainda mais apaixonado pelo Direito. Então, ingressei na Defensoria Pública do Mato Grosso do Sul com 22 anos, logo depois da formatura. E já no começo da minha carreira eu fiz um júri de um rapaz que matou a mulher grávida e tentou matar a cunhada.

O cidadão foi absolvido, menos por mim e mais pelos jurados daquela comunidade que era extremamente conservadora. Eu usei argumentos à época que se repetem hoje ainda, muito ligados à questão de gênero com uma visão machista que resultou numa absolvição por 7X0.

Depois do júri, eu na minha mocidade fui cumprimentar e falar para o rapaz o resultado do júri, disse para ele, que estava preso: o senhor está livre foi absolvido. Ele, então agradeceu a mim e ainda insultou a mulher grávida que ele havia matado, ressaltando que ela merecia morrer.

Nunca esqueci dessas palavras, naquele dia eu disse: isso não é para mim. Então, decidi ingressar àquela época no Ministério Público, por volta da década de 90. No ano seguinte, acabei ingressando no Ministério Público do Mato Grosso do Sul.

Quando olhamos para trás nós vemos quanto o Ministério Público brasileiro mudou, quanto o Direito mudou e, mais ainda, quanto o Direito Processual e Penal mudaram ao longo dessas décadas.

Em relação a essas mudanças, lembrei de uma frase de um filósofo francês, citado pelo Mário Sérgio Cortella, que combateu os nazistas na Segunda Guerra. O filósofo Pierre Idarc disse que o futuro é o passado em transformação.

Nesse contexto, o futuro do MP e o futuro das nossas atividades estamos construindo hoje e agora. Aquilo que desejamos para nossa instituição, para nossa sociedade, aquilo que queremos para a construção de um Direito Penal e Processual que atenda nossas necessidades, estamos construindo agora.

Nesses dois dias de congresso, eu ouvi bastante. Confesso que por vezes discordei de algumas coisas, mas concordei com a grande maioria. E outras coisas sequer entendi. Como perguntei sobre a questão dos embargos que para mim é tão abstrato já que no meu Estado é tudo eletrônico. Às vezes, temos dificuldade de ver como funcionam as coisas no maior Estado da Federação e no maior Ministério Público do Brasil.

Aqueles que trabalham comigo sabem que eu não sou Procurador-Geral de Justiça, eu estou Procurador-Geral de Justiça. Sempre serei membro do Ministério Público. Não concordo muito com essa separação entre Promotores e Procuradores de Justiça. Sou um crítico grande desse fosso que estamos construindo entre primeira e segunda instância.

Fosso esse que já existe no Poder Judiciário, onde Desembargador não se entende como Juiz e Juiz não se entende como Desembargador. Eu me lembro quando entrei no Ministério Público, nós tínhamos muito forte o princípio da unidade.

Essa unidade, muitas vezes, se perdia em nossas fraturas internas e eram geradas em grande parte por conta das nossas eleições que democratizam a instituição, mas causam uma briga fratricida e autofágica que consome o MP brasileiro. Temos de pensar sobre isso.

O Ministério Público que temos hoje foi o MP construído, não foi dado. Não recebemos essa instituição da maneira em que está. Antes de 1988, não existia nada do MP que vivenciamos hoje. O Ministério Público brasileiro é uma jabuticaba, pois com as atribuições que temos na área criminal, cível, direitos difusos e coletivos e individuais homogêneos, só existe no Brasil.

Temos de pensar para onde vamos caminhar. Não o Ministério Público de São Paulo ou do Mato Grosso do Sul, mas o Ministério Público brasileiro. Se quisermos construir algo, nós temos de lembrar que somos todos membros da mesma instituição com suas dificuldades, erros, diferenças que são próprias de um Estado continental como o Brasil.

No entanto, a minha inquietação hoje é com o Direito Penal que vivenciamos no século XXI. Todos aqueles que manuseiam o processo penal estão vivenciando a crise do Direito Penal e do Processo Penal.

Nos encontramos e trabalhamos com o Código Penal vetusto que é uma mistura da década de 80 com a de 40, é anterior à Constituição Federal de 1988, além disso ainda temos inúmeras leis extravagantes que traduzem tipos penais e veiculam aquilo que o Estado pretende.

Como manusear o instrumental que temos à disposição e como trabalhar com o Código Penal nessa sociedade atual que é pós-moderna, globalizada e extremamente rápida na informação?

Quando voltamos os olhos para trás, lembramos de um Código Penal fundado especialmente de um Estado Iluminista, nas ideias da proteção da liberdade individual. Trabalhamos ainda com vários modelos de proteção da liberdade individual.



Paulo Cezar dos Passos

Nas lições de Beccaria, encontramos ainda hoje de maneira forte naquilo que trabalhamos os ecos dela. Encontramos as ideias e essas bases tão arraigadas na atualidade do Direito, na proteção de bens jurídicos individuais, na intervenção mínima do Estado, nos princípios da fragmentariedade e subsidiariedade.

Ocorre que nós não vivemos mais numa sociedade liberal que foi construída com as bases do Iluminismo. Nesse contexto, tem um livro que chama “Sociedade de Risco”. O livro traz algumas ideias que nos atingem hoje. Fala de uma sociedade pós-moderna, fundada no egoísmo, extremamente perigosa com riscos que não existiam há algum tempo.

Esse livro teve influência para nós no âmbito do Direito Penal, traz a necessidade de repensarmos qual o espaço do Direito Penal nessa sociedade de risco que exige soluções rápidas para a garantia de bens jurídicos que sequer eram pensados a 10 ou 15 anos atrás, tal a rapidez da nossa sociedade.

O professor espanhol Silva Sánchez diz que o Direito Penal pensado anteriormente num Estado

liberal e mínimo só é possível se construído num Estado mínimo. No entanto, esse Estado não existe mais. Não podemos pensar num Direito Penal construído com base em Estados que não existem mais.

Por isso, eu deixo uma reflexão: qual o espaço do Direito Penal, qual o Direito Penal e qual a interpretação que nós damos a um Direito Penal dentro dessa sociedade pós-moderna?

Temos também de repensar o garantismo para ser efetivamente um garantismo penal integral. Não podemos, independentemente dos nossos papéis como Promotores, Juízes, Professores, Advogados, depararmos com interpretações extremamente rasas, míopes e desconectadas da realidade daquilo que seja o garantismo.

Pode até parecer utopia, mas o Direito é feito para o mundo real. A teoria é fundamental para nos prepararmos para o enfrentamento das inúmeras questões que nos afligem diariamente, mas o Direito é feito para o mundo real, é feito para aqueles que precisam do Sistema de Justiça.

Dentro dessa ideia, quando falamos sobre garantismo nós nos esquecemos que o Direito Penal garantista tem também de voltar seus holofotes para a tutela de bens fundamentais, maior penalização de condutas sequer previstas para dar respostas adequadas aos avanços da criminalidade atual.

Todos nós temos uma ideia de serem o Sistema de Justiça e o Direito Penal construídos com bases garantistas. Isso ocorre nos três significados básicos: com parâmetros de racionalidade, de justiça e com legitimidade da intervenção punitiva. Precisamos trabalhar o Direito Penal dentro dessas ideias, mas ao lado temos de trazer também uma interpretação e uma construção do Direito Penal que permita atender a complexidade da sociedade atual.

Nesse contexto, talvez tenhamos que discutir a codificação das inúmeras leis incriminadoras dentro de um único código. Precisamos ter de maneira clara qual o Direito Penal e que sistema queremos, e não a proliferação que temos hoje de leis. Onde queremos que a sociedade chegue? O Ministério Público precisa ser ouvido e para isso nós temos de voltar à academia. Precisamos discutir as nossas questões.

Fazendo um paralelo entre o Direito penal e o MP, precisamos refletir qual a visão que a sociedade tem da nossa instituição hoje. Qual imagem o Ministério Público terá daqui a 10 anos: defensora da sociedade ou retrógrada e sem papel definido na sociedade? Continuaremos a interpretar o Direito Penal e praticar o Processo Penal com aquilo que nos dão ou seremos agentes ativos da construção do Direito?

Hoje, nós trabalhamos com aquilo que nos é dado pela Polícia, construímos o Direito com um instrumental que nos é dado por outros. Temos dados sobre quantas investigações o Ministério Público brasileiro tem? Temos dados de quão efetiva é a ação do MP? Qual o percentual de condenações que temos?

Ainda, a atuação do Ministério Público resultou em melhoria da sociedade? Quais dados temos a respeito disso? Nenhum! Então, qual é a nossa importância se não pudermos mostrar para a sociedade o que fazemos por ela?

O futuro é o passado em transformação. Se não pensarmos nisso hoje, não teremos futuro. Isso se imbrica diretamente com o Direito Penal. Porque temos um Direito Penal que necessita ser construído, que necessita atender as complexidades da sociedade atual, mas com a participação da nossa instituição.

Por vezes, quando discutimos esses assuntos com a divisão que existe internamente no Ministério Público brasileiro, essa é uma questão que teremos que pensar para ver onde nosso barco irá ancorar. O

MP tem de atender aquilo que a sociedade espera. Não podemos estar desconectados com a sociedade. Essa é a maior reflexão que temos de fazer.

O Direto tem de ser efetivamente efetivo para tender aos reclamos da nossa sociedade. Para finalizar, termino com uma frase do poeta brasileiro Manoel de Barros.

“A importância de uma ideia não se mede com fita métrica, nem com balanço, nem com barômetro. A importância de uma coisa há de ser medida pelo encantamento que essa coisa causa em nós”.

O Ministério Público é um encantamento permanente na minha vida e espero que seja na vida de cada um de vocês. Sigamos em frente!

Painel III: O Ministério Público no enfrentamento às novas formas de criminalidade

Apresentação: Renato de Mello Jorge Silveira

Advogado e Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Pós-Doutor pela Universidade Pompeu Fabra (Barcelona), Espanha



Renato de Mello Jorge Silveira, Roberto Barbosa Alves, Antonio Carlos da Ponte e Paulo Cezar dos Passos

Sr. Presidente, eu queria agradecer muitíssimo a oportunidade, o convite e a felicidade de estar aqui neste Congresso Criminal do Ministério Público de São Paulo.

Queria fazer destaque maior ainda da felicidade de poder ladear o caríssimo Dr. Antonio Carlos da Ponte, meu diretor também, uma vez que sou professor da Escola, a felicidade é enorme de poder aqui estar consigo.

Também gostaria de destacar a alegria de poder ladear o Dr. Paulo Cezar dos Passos, Procurador-Geral do Ministério Público do Mato Grosso do Sul,

de encontrar tantos amigos do presente, do passado, Dr. Mário Sarrubbo, Dr. Antonio Lopes Monteiro, que eu não via há muitos anos, entre tantos outros.

Na verdade, eu fui convidado para estar com os senhores a falar de algo que o nosso presidente, Dr. Roberto, destacou sobre a ideia do Ministério Público no enfrentamento das novas formas de criminalidade, algo que ele destacou e que eu vou repetir ao longo da minha intervenção acerca do fenômeno profissional, empresarial, transnacional desta nova criminalidade.

Talvez perca um pouco o sentido a minha fala de hoje, uma vez que, nestes últimos dias, uma velha criminalidade – a ideia dos crimes sexuais – voltou tão à moda e tanto ao debate, mostrando a ideia errática dos nossos tipos, principalmente depois da reforma da lei 12015/09. De todo modo, em que pese isso, e sabendo desta falha de antemão da minha colocação, tentarei falar aqui sobre algumas novas facetas e alguns novos problemas sentidos e percebidos, não só no Brasil como em todo mundo, acerca da nova criminalidade.

Queria destacar também a alegria e o convite formulado pelo Dr. Alexandre, que entabulou toda esta vinda, não só minha como também do professor Silva, a esta oportunidade.

Quando recebi o convite, eu fiquei muito feliz porque vi a oportunidade de tentar resgatar alguns problemas que eu já havia academicamente trabalhado desde a minha já distante tese de doutorado, ainda no começo dos anos 2000, quando mal se falava sobre o problema dos interesses difusos e, na verdade, já que o Dr. Paulo Cezar destacou a obra do professor Silva, que poderá falar com muito mais propriedade com o senhores sobre isso, se existia uma certa relevância no debate acerca da expansão do Direito Penal no começo dos anos 2000, isto vai se agudizar ainda mais passados quase 20 anos daquele momento – e muda a lógica dos problemas enfrentados por essa nova criminalidade difusa.

O que eu vou tentar mostrar ao longo de uma intervenção bastante rápida com os senhores vai ser verificar o problema, as dificuldades de solução do problema e a nova abordagem do problema nos dias de hoje – uma nova abordagem que pelo menos a olhos europeus tem facilitado a efetividade do Direito Penal.

Obviamente, não vou entrar num debate tão caro, por exemplo, ao meu querido professor e antigo membro do Ministério Público Dr. Scarance Fernandes, acerca da distinção entre garantismo e eficácia, mas vou só antecipar aos senhores que a eficácia parece estar sendo obtida com algum dos novos ferramentais que eu vou tentar passar e aqui apresentar.

Foi dito rapidamente pelo Dr. Paulo Cezar acerca da ideia problemática da evolução do Ministério Público e da sociedade risco, derivada de Beck, desenhada nos anos 80 e que virou moda mundo afora nos anos 90, chegando ao Brasil emblematicamente nos anos 2000.

Eu vou fazer um caminho um pouco diferente: recordarei de dois pontos, tendo em vista essa realidade, que talvez elucidem um pouco as coisas aos senhores.

Ainda nos anos 2000, 2002, eu, recém doutor, fui convidado pela Escola da Magistratura do Rio de Janeiro para fazer uma pequena intervenção a mencionar problemas e questões sobre os interesses difusos, o Direito Penal supra-individual de então. Naquele momento, eu destacava o seguinte e me era indagado fundamentalmente: por que este Direito Penal – e nós já tínhamos várias leis supra-individuais – não era efetivo? Por que aquele com novos contornos não se efetivava na proteção dos interesses supra-individuais?

A conclusão que eu então assumia era uma conclusão muito próxima da que um membro do Ministério Público Federal, ao estudar o problema dos crimes contra o sistema financeiro nacional também chegara, qual seja, a de que este direito supra-individual era na sua essência diverso do Direito Penal a que provavelmente todos nós fomos apresentados ainda nos bancos acadêmicos. Nós

fomos alfabetizados em um Direito Penal, como disse o Dr. Paulo, individual, em que se verificava explicitamente uma lesão ao bem jurídico, um Direito Penal mais perceptível, que tinha como foco mais emblemático a ideia do homicídio.

Parece que o horizonte estava a ser revisitado. A ideia da sociedade de risco que foi mencionada aqui cai emblematicamente no seio penal e tudo começa a ser revisitado. Naquela idade, a partir do momento em que estes novos interesses, estas novas formações começam a ganhar peso e interesse, passa-se a discutir como deveria ser feita a proteção, e esta proteção é basicamente idealizada em cima da ideia de perigo e de perigo abstrato.

O Direito Penal que, num momento original, era unicamente reativo, passa a ser, em boa medida, preventivo. Ele muda o seu contorno.

Esta é a ideia básica de todos os trabalhos que estudam e analisam os bens e interesses difusos ainda no final dos anos 90, começo dos anos 2000. Existia uma enorme crítica acerca da legitimidade deste Direito Penal, se criticava muitíssimo esta possibilidade de intervenção, talvez com o viés mais garantista, talvez com o viés mais dogmático, mas esta percepção era criticada por boa parte da doutrina. Chegou-se a alegar a inconstitucionalidade de alguns tipos penais, a debater a validade de outros tantos, mas, em suma, criava-se um ambiente de maior discórdia do que outra coisa qualquer.

Questionamentos dessa ordem podem ser percebidos ainda nos dias de hoje, quando se fala e se debate – e este é tema do Ministério Público permanente – sobre responsabilizações vincadas a ideias associativas, a organizações criminosas, a lavagem de dinheiro ou, utilizando o tema da moda,

corrupção. Se critica um pouco a abordagem do Direito Penal nesta parte.

Pergunto eu aos senhores: será que nós poderíamos tentar superar alguma destas questões? Me parece que sim e me parece, nesse sentido, já que a academia foi chamada a dar sua contribuição à efetividade da justiça, que há de se recordar que um dos papéis fundamentais da dogmática é justamente auxiliar a uma mais bem construída jurisprudência.

Ora, foi dito pelo Dr. Roberto, no início dos trabalhos, que a criminalidade moderna trata de uma questão profissional, empresarial e transnacional e, eu bem aprendi com o próprio Professor Silva Sánchez, que chegou à sala neste momento, que um dos grandes problemas, se a ideia dos interesses difusos era focada ou multifocada em questões econômicas, ambientais, do consumidor, questões difusas de modo geral, isto pode ser revisitado em grande parte sob uma ótica de um Direito Penal focado em estruturas empresariais, estruturas piramidais empresariais como hoje se verifica.

Se é assim, há de se pensar em como se deveria trabalhar sob esta lógica. Me parece que o primeiro momento de abordagem Direito Penal supra-individual começa a sofrer uma transformação nesse caso. Na busca de uma responsabilidade empresarial, como já destaca o professor Silva em diversos trabalhos, por exemplo, no âmbito de uma busca de responsabilidade empresarial, existe duas possibilidades básicas de trabalho e uma busca de responsabilidade dentro da estrutura hierárquica vertical de baixo para cima ou de cima para baixo.

Tradicionalmente, em termos comissivos, isto se dá de baixo para cima. Só que eu tenho

enormes dificuldades de efetivar esse tipo de responsabilidade comissiva. Dou exemplo aos senhores que se recordam do que foi feito, dito e estruturado no caso da ação penal 470, no famigerado caso do mensalão. Naquele momento, intentou-se buscar uma superação das questões de autoria, a utilização da própria teoria do domínio do fato, que é bastante criticável e, de certo modo, sua aplicação seria um pouco duvidosa, como foi dito. Mas, será que existiriam outras possibilidades de responsabilidade nesta tentativa de superação da criminalidade presente? Me parece que sim, que se poderia, por exemplo, buscar responsabilidades de teor omissivo.

Vou examinar com os senhores dois casos, a tentar buscar esta resposta. Imaginem uma situação em que, em uma determinada casa noturna, certos proprietários venham a autorizar que uma determinada banda musical suba no balcão de um bar e acabe por utilizar sinalizadores neste evento. Estes sinalizadores, a seu modo e a seu tempo, entram em contato com o teto inflamável do estabelecimento, isto vem a pegar fogo, vem a soltar uma fumaça tóxica, que gera uma intoxicação de várias e várias pessoas, centenas de pessoas são internadas e outras tantas, mortas. Pergunto aos senhores: quais poderiam ser as saídas penais para o tema? Poder-se-ia, de algum modo, imaginar a ocorrência de uma situação de perigo, de risco, de dolo eventual, de cegueira deliberada ou de outra tanta coisa?

Antecipo aos senhores que eu não estou falando do caso da Boate Kiss, estou falando, em especial, de dois casos em países vizinhos ao Brasil, o da boate “Cromañón”, na Argentina, e o da boate “Utopía”, no Peru, onde aconteceu exatamente a mesma coisa que se deu em Santa Maria.



Renato de Mello Jorge Silveira

Pergunto aos senhores – e os senhores são laboriosos Promotores de Justiça – será que seria tão fácil, esquecendo o momento emblemático e emocional da situação, afirmar a responsabilidade ativa dos donos do estabelecimento, que lá estavam também e foram também intoxicados pelos gases tóxicos? A defesa, em algum momento, poderia simplesmente sustentar que a responsabilidade deles não aconteceu porque, afinal de contas, se existe tal responsabilidade, seria de assumir que eles praticamente aceitariam a própria morte; argumentação, por exemplo, usada no caso do acidente aéreo em Congonhas, tentou-se responsabilizar alguns diretores da ANAC e eles simplesmente sustentaram isso e foram absolvidos.

Vejam os senhores que talvez a situação seja um pouco mais complicada do que simplesmente se responder que sim, que a ideia da ação a tudo responde.

Nos casos argentino e peruano, chegou-se a sustentar de algum modo que o que se deu foi uma falta de dever de cuidado dos empresários em permitir aquelas atuações perigosas de membros da banda. Em outras palavras, se sustentou, de alguma

sorte, de alguma ordem, que estes empresários seriam garantes a evitar resultados como aquele.

No caso peruano, existiu uma condenação bastante significativa; no caso argentino, uma parcial responsabilidade. Mas o que quero dizer é o seguinte: parece a ser verdade o meu exemplo que, talvez, quando se trabalha neste âmbito empresarial e de responsabilidade vertical, que eu mais facilmente consigo – em termos de responsabilidade de baixo para cima, imaginando o responsável pela empresa ou pela entidade empresarial de um determinado modo – alguma sorte de responsabilidade.

Se a nova criminalidade é um fenômeno profissional, empresarial e transnacional, talvez eu consiga alguma sorte de resposta nesse sentido. Justamente por isso, ou baseado nisso, é que se tem verificado, no exemplo estrangeiro, no Direito Penal Empresarial, uma bastante forte presença do que eu posso chamar de Direito Penal da Omissão.

Com isso, escapo, evito, me desvio de tantos problemas de legitimidade da criminalidade de perigo e consigo mais facilmente alguma sorte de responsabilidades.

Os senhores vão me dizer duas coisas: está se defendendo, ao que parece, uma ampliação de atuação dos crimes omissivos impróprios; em certa medida, estou; no que os senhores poderiam me retrucar “o nosso artigo 13 do Código Penal tem limitações para tanto; e eu pergunto aos senhores “será que teríamos de fato tantas limitações”?

O artigo 13, § 2º, estabelece as situações em que a omissão poderia ser vista como relevante. Em especial, no aspecto 3º do § 2º, eu vou ter a possibilidade de responsabilidade por omissão, quando o agente, com seu comportamento anterior, cria um certo resultado.

Imaginem os senhores que talvez pudesse ser pensado, imaginado e idealizado que empresa

ou que entidades de organização empresarial de qualquer sorte, talvez pudessem ser vistas como fontes potenciais de geração de riscos; são fontes potenciais de geração de risco ambiental, recorde aqui o caso Samarco; tributário, no caso de sonegações; trabalhistas; entre tantos outros – não vou falar no caso da boate.

Potencialmente, talvez eu pudesse imaginar que esta ideia de ingerência aqui presente no parágrafo 2º, inciso III, pode ser revisitada no combate a certa modalidade de criminalidade.

Imaginem os senhores que eu tenho a especificidade de controlar enormes riscos ambientais. Imaginem os senhores que, por qualquer razão, isto é ignorado e que existe o rompimento de determinado dique ou de determinada represa. A responsabilidade aqui talvez fosse muito mais facilmente obtida do que em termos unicamente comissivos. Talvez eu pudesse dar uma eficácia maior a estes termos do que se verificou no caso de Minas Gerais.

Vejam os senhores que de repente eu começo a unir situações aparentemente distantes, como crimes omissivos e a palavra da moda dos últimos anos que tem sido o compliance – e aqui me refiro ao termo de compliance ambiental, de regramento ambiental, de previsões ambientais. Talvez, por esse modo, eu pudesse ver uma certa nova forma de ampliação ou expansão – a palavra do Professor Silva – da omissão.

Claro que isso vai me levar a uma múltipla diversidade de outros problemas, como a própria abordagem do dolo, a própria verificação do que o Professor Paulo César mencionou há pouco.

Eu digo aos senhores que eu tenho muita dificuldade de aceitar a ampliação dos conceitos de dolo eventual, principalmente a teor do exemplo norte-americano, coisa que ficou bastante eviden-

te, principalmente nos casos de Curitiba. Vale dizer, eu tenho muita dificuldade em aceitar as noções de cegueira deliberada no Brasil e explico por quê: primeiro porque nós temos uma definição do dolo muito mais fechada do que temos nos exemplos alemão ou espanhol. Mas, mais do que isso, a minha maior dificuldade é a falta de conceituação sobre cegueira deliberada que a gente está a tratar ou pretensamente quer tratar no Brasil e explico: eu tenho pelo menos cinco momentos diferentes de cegueira deliberada, que foram sendo superados e aquilatados com o passar do tempo. Se for me explicar absolutamente qual nós estamos pretensamente a querer trabalhar talvez eu tivesse melhores respostas.

De qualquer forma, me parece que a grande mudança, o grande passo a ser dado ao se pretender aceitar este novo direito da omissão, ou esta nova resposta omissiva de cima para baixo em relações empresariais quaisquer, nós vamos poder ter, também, que redefinir a possibilidade de responsabilidades delegadas. O fator de proximidade do delegante e do delegado em responsabilidades sucessivas pode ser mais bem pensado.

Isso é bastante claro, por exemplo, nas responsabilizações ou não da atuação de um compliance officer dentro de uma relação empresarial.

Quanto a isso, recordo que o Professor Silva Sánchez tem vários trabalhos bastante interessantes.

De qualquer forma, só para deixar bem claro, eu não concordo com algumas acepções um pouco clássicas de que a omissão simplesmente não importaria a avaliação do dolo, eu acho que ela é importante, que esses primados são revisitados neste novo Direito Penal da omissão. Tenho algumas restrições ao uso da cegueira deliberada, mas me parece que, com algum aquilatamento, esta nova percepção penal poderia muito bem auxiliar nos trabalhos do enfrentamento da nova criminalidade.

Volto minha exposição ao que se debatia há quase 18 anos no Rio de Janeiro. Eu dizia que o Direito Penal então não funcionava, não se mostrava eficaz simplesmente porque não éramos nós alfabetizados para tanto. Me parece que nestes quase 20 anos, o Ministério Público avançou muito, a Magistratura avançou muito, a Advocacia avançou mais ou menos, só que devem sempre ser buscados novos horizontes e novos institutos a fim de simplesmente dar vazão, solução a problemas que ainda são irresolutos e, talvez, o maior deles resulte neste tratamento ou nesse pseudo-tratamento de cunho empresarial.

Muito obrigado!

Palestra de encerramento: Restablecimiento del derecho y superación del conflicto interpersonal tras la producción de um delito

Apresentação: Jesús María Silva Sánchez

Professor Catedrático de Direito Penal da Universidade Pompeu Fabra (Barcelona), Doutor Honoris Causa pela Universidade Inca Garcilaso de la Vega (Lima), Doutor em Direito pela Universidade de Barcelona



Roberto Barbosa Alves, Mário Luiz Sarrubbo, Renato de Mello Jorge Silveira, Jesús María Silva Sánchez, Antonio Carlos da Ponte e José Oswaldo Molineiro

¡Buenos días a todos y a todas! Es un honor y un placer para mí estar presente hoy aquí con ustedes en esta sección de este Congreso del Ministerio Público del Estado de São Paulo. Para mí, yo suelo decir con frecuencia, cada vez más viajar a Brasil, viajar a São Paulo en particular es venir a casa. Me siento absolutamente en familia, en casa y, por lo tanto, les agradezco muchísimo esta posibilidad de exponer unas tesis que comienzo en este momento adelantando cual es la pretensión de mi conferencia.

La idea central que voy a tratar de exponer es la necesidad de observar la pena, en general la intervención del Derecho Penal del Estado, no sólo desde una perspectiva jurídico-normativa, sino también desde una perspectiva interpersonal, es decir, en todo delito existe una dimensión vertical de lesión de la norma por parte del delincuente, pero en todo delito existe así mismo una relación interpersonal entre el autor y la víctima. Este conflicto interpersonal es un problema antropológico, el cual trataré de desarrollar en adelante, que, en ocasiones, el abor-

daje normativo del delito no sólo no resuelve, sino que lo agudiza, lo hace mayor.

Con esto no pretendo acoger postulados abolicionistas, ni acoger postulados utópicos, pero sí llamar la atención sobre esta otra dimensión y sugerir algunas posibilidades de atender a este problema desde una perspectiva jurídica, en la que por cierto el Ministerio Público pueda tener efectivamente algún papel especial, dada su estricta posición en el Proceso Penal. Esta sería la idea general de mi exposición, que voy a tratar como decía de exponer paso a paso.

Sabemos que sobre todo en los años 70, 80, incluso los años 90 del siglo pasado, tuvieron éxito intelectual, particularmente en América Latina y concretamente en Brasil, tesis académicas que patrocinaban la abolición del Derecho Penal. La tesis fundamental del abolicionismo era que la intervención del Derecho Penal en el conflicto entre autor y víctima empeoraba la situación, la hacía peor, no resolvía nada y agudizaba el odio, la inter-relación personal existente entre ambas partes y, por lo tanto, insisto, la tesis fundamental es “hay que eliminar el Derecho Penal en los delitos interpersonales y sustituirlo por otra forma de abordaje de los conflictos”.

La palabra clave era “devolución del conflicto a la víctima” y, por lo tanto, un regreso a aquellas formas de composición privada de la época de la Edad Media o incluso anteriores, el Derecho Penal Primitivo, previas al Derecho Penal Público.

Yo no discuto que estas consideraciones estuvieran presididas por criterios humanistas. Sin embargo, considero absolutamente inviable la tesis abolicionista. Es verdad que, en estos últimos tiempos, y ahora estoy hablando de los diez últimos años aproximadamente, empiezan a proliferar tesis relativamente parecidas que sostienen la necesidad de sustituir el Derecho Penal Público por una así denominada Justicia Restaurativa – algunos incluso la llaman Justicia Terapéutica – que debería

analizar las raíces profundas del conflicto autor-víctima y sanar, curar.

Por mi parte, las tesis de la Justicia Restaurativa y de la sustitución del Proceso Penal Público por la también así denominada Mediación Penal, pueden tener alguna relevancia en delitos de muy pequeña gravedad. Sin embargo, no creo – me parece que no es posible – pretender de nuevo la sustitución del Derecho Penal Público para delitos de una ya cierta entidad por una mediación penal con Justicia Restaurativa.

Es decir, por mi parte, no acepto la idea de una Justicia Restaurativa alternativa al Proceso Penal Público. Sin embargo, y esta conferencia va en esta línea, creo que es posible aceptar una Justicia Restaurativa complementaria del Proceso Penal Público, es decir, una Justicia Restaurativa posterior al Proceso Penal Público.

¿Cuál es la tarea? Sería que el Proceso Penal Público, cumpliendo sus funciones específicas, no sea un obstáculo para la posterior Justicia Restaurativa, para el posterior encuentro entre la víctima y el autor.

Por lo tanto, la tesis es clara: primero, Proceso Penal; después del Proceso Penal, relación interpersonal de encuentro entre víctima y autor, y la cuestión es ¿cómo es posible desarrollar el Proceso Penal Público de tal manera que, sin dejar de cumplir sus funciones, tampoco obstaculice esa posterior relación de restauración interpersonal entre autor y víctima?

Estas consideraciones necesitan una primera premisa, es un concepto de delito. El concepto de delito que constituye mi punto de partida es un concepto de delito realista, que pretende ser realista. ¿Qué quiere decir que pretende ser realista? Sobre todo, que no es un concepto idealista del delito, el cual considera que el delito es exclusivamente la lesión del Derecho como Derecho, la negación de la norma. Por eso, esa posición idealista considera que la pena restablece la vigencia de la norma que el delito ha negado. Por lo tanto, el delito

constituye una relación entre sujeto y norma, negando, poniendo en cuestión la vigencia, la validez de la norma, y la pena restablece la norma como pauta de conducta vinculante frente a la conducta que niega en términos expresivos la vigencia de la norma. Esta es la dimensión ideal del delito, la dimensión comunicativa del delito, la dimensión expresiva de delito.

Sin embargo, creo que no es realista omitir que, junto a esta dimensión ideal, normativa del delito, este se constituye también un grave problema en la relación interpersonal, en la relación entre autor y víctima; en realidad, el delito se puede entender como un acto de guerra para con la víctima. El delito niega a la víctima, no sólo niega a la norma, niega el ser personal de la víctima, cosifica a la víctima, la destruye existencialmente.

Esta destrucción existencial de la víctima no sólo se produce en delitos más graves – quizá el delito sexual sería paradigmático, obviamente el homicidio, que es obvio que destruye existencialmente a la víctima, pero no sólo el homicidio, las lesiones corporales, los delitos sexuales, los delitos patrimoniales violentos, los delitos contra la intimidad, tienen esa dimensión de destrucción existencial de la víctima. La víctima aparece, entonces, como un medio para la consecución de los fines del autor.

Efectivamente, el proceso público, el enjuiciamiento, la condena, la pena, manifiestan el éxito del Derecho Penal Público, restablece la vigencia de la norma.

La pregunta es si ¿el Derecho Penal Público, el Proceso Penal Público restablece así mismo la dignidad de la víctima que ha sido destruida, convertida en una pura cosa, por la comisión del delito? Creo que no. Creo que el Derecho Penal Público, que naturalmente como todo instrumento jurídico tiene limitaciones, ni siquiera tiene realmente como finalidad ese restablecimiento de la víctima, no puede.

Sin embargo, en mi opinión, el Derecho Penal Público puede no obstaculizar – y ahora intentaré explicar

cómo – que se produzca esa superación existencial del conflicto del sufrimiento derivado del delito. Voy a hablar del sufrimiento, no sólo de la víctima, sino también del autor. Creo que esto es necesario desde una perspectiva realista.

Para contemplar esta cuestión, es preciso tener presente en este plano horizontal – no ya en el plano vertical de la relación sujeto-norma – es necesario contemplar cuál es exactamente la herida, el daño que produce el delito y cómo puede procederse a su curación, a su sanación.

¿Cómo ver el problema del daño que se deriva del delito? En tesis es que, además del daño normativo, el delito produce diversas dimensiones de daño en la víctima, en la sociedad y en el propio autor. La víctima experimenta un daño material, la lesión o la pérdida de sus bienes jurídicos más o menos relevantes – insisto, mucho más cuando se trata de bienes personales, menos cuando se trata de bienes patrimoniales – y normalmente estos bienes jurídicos lesionados generan en la víctima una expectativa de resarcimiento patrimonial, idealmente, una compensación integral, una cuestión civil, que normalmente resulta también difícil hablar de una compensación integral de un daño patrimonial, es posible hablar de una compensación integral, de un daño personal es imposible; por mucho dinero que la víctima reciba, ese dinero no va a compensar una lesión corporal, por ejemplo, nadie cambiaría por dinero el sufrimiento derivado de una lesión corporal, no es razonable.

Sin embargo, la víctima no sólo experimenta un daño corporal, sufre otras dimensiones de daño existencial que impiden su libertad real con posterioridad al delito. En primer lugar, un daño emocional, que surge cuando se experimenta la humillación y la exclusión derivadas del delito. La víctima necesita por lo tanto ser levantada de esa situación de humillación, de esa situación de abajamiento.

Por otro lado, la víctima experimenta un segundo daño emocional que es diverso del anterior, en realidad muy distinto al anterior: la ira, el resentimiento, el rencor. Por lo tanto, vemos la humillación, por un lado, una emoción débil, por otro lado, una emoción reactiva fuerte, el resentimiento, el rencor que pide venganza.

En tercer lugar, la víctima experimenta un daño psicológico que procede de la sensación de inseguridad, el miedo y la necesidad de modificar su vida, por miedo a que vuelva a suceder el hecho delictivo. Esto por lo que se refiere a la víctima.

De la víctima tenemos cuatro dimensiones de daño: daño material, daño emocional (humillación), daño emocional (rencor, resentimiento, petición de venganza), daño psicológico (miedo, necesidad de cambiar de vida, de modificar sus planes de vida, no caminar por un determinado lugar).

El autor también sufre un daño moral o emocional porque, al negar la humanidad de la víctima, se niega a si mismo también su humanidad, se embrutece, se convierte en un monstruo, en algo distinto, pierde humanidad al quitar humanidad a la víctima.

Pero, por otro lado, el autor, dependiendo de las circunstancias, si tiene todavía conciencia y no la ha anulado por completo, experimentará el remordimiento, la vergüenza, el aislamiento.

Por otro lado, estas dos dimensiones del daño que sufre el autor, su propio embrutecimiento, su propia pérdida de humanidad, y por otro lado el remordimiento, la vergüenza, el aislamiento, se añade un nuevo embrutecimiento adicional que se produce en el proceso. El proceso supone que el autor y su defensa desarrollen estrategias que los criminólogos denominan “estrategias de neutralización”, es decir, estrategias de auto justificación que frecuentemente se manifiestan mediante una culpabilización de la víctima. Esto es muy común en los delitos sexuales, por ejemplo. Y esto es mayor embrutecimiento

porque la afirmación, la culpa es de la víctima, lleva a un alejamiento del autor con respecto al daño físico-psíquico-emocional que produce en la víctima.



Jesús María Silva Sánchez

Finalmente, la sociedad experimenta como consecuencia del delito un daño psicológico derivado de la sensación de inseguridad. Las víctimas potenciales globalmente manifiestan este miedo a ser ellas también victimizadas en el futuro. Pero, no sólo es esto. La sociedad experimenta un resentimiento, un rencor contra el autor porque considera que el autor se beneficia de la cooperación social, de las ventajas de la vida en sociedad y, sin embargo, no coopera con la sociedad, sino que se convierte en un elemento agresivo frente a esta.

Esta idea de que la sociedad experimenta resentimiento frente al autor es algo que los estudiosos de la psicología tradicional habían manifestado y que, en los últimos años, han confirmado los experimentos en la neurobiología, concretamente porque existe una satisfacción emocional, incluso alegría, cuando se observa la ejecución de una pena sobre un delincuente.

El paradigma son las películas sobre la pena de muerte, y las personas que asisten a la ejecución de la pena de muerte, muchas películas tradicionales norteamericanas muestran esta situación, la sonrisa de quienes presencian una pena de muerte. Yo, personalmente, me había planteado ¿por qué la gente está contenta

cuando contemplan una pena de muerte?, es una experiencia en principio muy trágica y muy dolorosa. Bueno, pues los estudios de neurobiología han mostrado que, en el momento en que se presencia, se observa un castigo que se considera justo, se activa un mecanismo cerebral, en uno de los lóbulos cerebrales, segregándose una hormona similar a la hormona que se segrega cuando se come chocolate. Esto es biológico. Es decir, efectivamente, la idea de la satisfacción ante el castigo que se considera justo, por muy duro que sea el castigo, no es una cuestión intuitiva, sino que es una cuestión biológica, bioquímica que tenemos.

Todo esto, fíjense, genera una visión del delito extraordinariamente compleja en el plano de la interacción social. Naturalmente, sería imposible exigir al Derecho Penal Público que resolviera este enorme caos emocional que surge entre víctima, autor y sociedad, este triángulo complejo que el Derecho Penal Público puede observar igual que observa la más fácil presentación del delito como lesión de la norma.

Ahora, insisto en que el Derecho Penal Público debería cumplir sus funciones, naturalmente, intentando generar la posibilidad, o por lo menos no obstaculizar la posibilidad, de que este complejo caos de relaciones emocionales pueda resolverse en todo caso, no agravando el caos emocional.

¿Como puede ser un Derecho Penal Público que no obstaculice la reconciliación? En mi concepto, la reconciliación es esa superación del delito por la víctima, por el autor y por la sociedad. ¿Cómo puede ser ese Derecho Penal Público? A mi entender, el Derecho Penal Público puede contribuir a esa reconciliación en la medida en que no añada tensiones adicionales, insuperables, a esas tensiones que ya existen de modo previo a la intervención del Estado.

Esto requiere una serie de aspectos que voy a ir exponiendo sucesivamente. El primero: la reducción de la intervención del Derecho Penal en la medida en que esto sea posible, a la declaración del injusto culpable y a la condena. Quiero decir, la renuncia a la prisionización, a la ejecución en la cárcel de la pena, en la medida en que esto sea posible. Para esto, ¿qué es preciso tener en cuenta? En primer lugar, que el propio proceso penal tiene una dimensión punitiva. El proceso, desde la incoación de este, tiene naturalmente funciones de esclarecimiento y funciones de aseguramiento, pero también tiene una función estabilizadora, tiene una función expresiva, comunicativa. Esta función expresiva del proceso es algo muy importante en el subconsciente y en el consciente colectivo. ¿Qué mensajes transmite el proceso y sobre todo la condena, pero ya el propio proceso, a medida en que va avanzando?

En primer lugar, al autor le dice que el resultado lesivo no es el producto de la desgracia, ni el producto del destino, sino que es culpa suya. A la víctima, se le dice que no tiene culpa alguna de lo acontecido, que el acontecido es culpa del autor. Y a la sociedad, se le transmite la idea de que efectivamente hay un responsable de los hechos, que es el autor. Esta comunicación es muy importante porque uno de los grandes problemas que la sociedad tiene con ocasión de un delito, es la falta de determinación de quién es el responsable. Naturalmente, la pregunta es ¿será siempre suficiente con la condena formal como expresión de responsabilidad personal del autor? O al revés: ¿por qué es necesario que el autor sufra, además, para que el Derecho Penal cumpla sus finalidades?, ¿por qué es necesario el dolor penal?, como lo llama la doctrina, la inflicción de dolor al autor.

Algunos autores señalan que el sufrimiento del autor, el dolor que experimenta es necesario para que la sociedad entienda el mensaje comunicativo porque naturalmente no somos una sociedad de ángeles, no so-

mos espíritus puros, tenemos cuerpo y alma y tenemos que ver no sólo una pura declaración simbólica, comunicativa (“el Señor A es responsable”) sino que tenemos que sentir emocionalmente que algo sucede con esa responsabilidad, y que esa responsabilidad tiene que manifestarse después en un sufrimiento causado por el Estado, un sufrimiento ordenado por el Poder Público.

Sin embargo, esto que puede ser cierto naturalmente, no estoy diciendo que no, tampoco debe considerarse que es una consecuencia automática, es decir, creo que tenemos que preguntarnos, de forma permanente, si en el caso concreto es necesario que el autor experimente el sufrimiento derivado del ingreso en la cárcel. Eso es una reflexión que debe experimentarse caso por caso porque, en algunos supuestos, no existe una necesidad de prevención general positiva en relación con ese sufrimiento del autor, es decir, la prevención general positiva, como saben, es la influencia que tiene el Derecho Penal y la pena, el conjunto de la sociedad como mecanismo de producción de tranquilidad, de estabilidad. Ha habido un delito, ha habido una condena, la sociedad queda estabilizada, tranquilizada.

Bueno, la pregunta es ¿esa tranquilidad social necesita siempre el dolor del delincuente? Desde el punto de vista de la prevención especial, naturalmente es necesario el ingreso en prisión del delincuente condenado en la medida en que sea un delincuente con riesgo elevado de reincidencia. Si el delincuente es primario, o no tiene un riesgo elevado de reincidencia, o el riesgo de reincidencia es un riesgo relativo a bienes jurídicos de menos importancia, la ponderación de costes y beneficios del sufrimiento del autor por el ingreso en la cárcel debería poner en cuestión esa automaticidad de la prisión.

En tercer lugar, desde el punto de vista de la prevención general de intimidación, es decir, la intimidación de los autores potenciales, la pregunta es si esa intimidación necesita que en todos los casos se produzca el ingre-

so en prisión del sujeto condenado. Es decir, ¿cambian las cosas con respecto al delincuente potencial si en lugar de ingresar en prisión, todos y cada uno de los autores que cometen el delito, ingresa sólo un 50%?, y la respuesta es que no; la ecuación – aquí no tenemos la posibilidad de extendernos sobre esta cuestión – de la disuasión, que es un tema muy trabajado por el análisis económico del Derecho Penal en Estados Unidos, pone de relieve que no se modifica radicalmente la ecuación de la intimidación por el hecho de que todo el mundo que comete el delito sea no sólo condenado, sino además ingresado en prisión, en lugar de ser sometido a sanciones alternativas a prisión, que provoquen un sufrimiento inferior.

Esto ¿qué significa? Que, por lo tanto, el horizonte de la política criminal del Estado que desea contribuir al restablecimiento de la relación interpersonal entre sujeto, víctima y sociedad, debería ser la progresiva sustitución de las formas más aflictivas de sanción por otras menos aflictivas. Aquí, el desarrollo de un sistema de penas alternativas a la pena de prisión es una cuestión fundamental.

Pero, además, sucede que en algunos casos es discutible que el sujeto activo – autor – tenga que experimentar ese sufrimiento derivado del ingreso en la cárcel porque el delito, o en todo caso en el tiempo posterior al delito, ya ha sufrido consecuencias lesivas para sí, que deben ser tomadas en consideración por el Derecho Penal del Estado.

Voy a poner algunos ejemplos que naturalmente no pretenden ser exhaustivos, pero sí más o menos representativos de la idea que intento transmitir.

Sucede, en ocasiones, que el delincuente, después de la comisión del delito, realiza un comportamiento auto punitivo. Naturalmente, la determinación de cuando existe un comportamiento auto punitivo es compleja porque un ejemplo de aparente comportamiento auto punitivo sería el caso del marido que mata a

su mujer y posteriormente intenta suicidarse, no se suicida, experimenta diversas lesiones, no muere – si muere no hay problema, claro, se ha extinguido la responsabilidad penal – pero imaginemos que intenta el suicidio, no consigue el suicidio, pero sí sufre muchas lesiones como consecuencia de ese comportamiento.

Claro, tenemos que determinar si es un comportamiento concretamente auto punitivo o no. Muchas veces no es un comportamiento auto punitivo, supone una huida del autor con respecto a su propia responsabilidad, pero si fuera un comportamiento auto punitivo, y en casos de delitos pasionales los psicólogos manifiestan esta posibilidad, que el crimen pasional primero tenga su incidencia sobre la esposa, sobre la mujer, y luego produzca un efecto sobre el propio hombre, mediante ese intento de suicidio, entonces la pregunta es si después del comportamiento auto punitivo, tiene sentido que el sujeto experimente el dolor de la prisión, no sólo la condena, que naturalmente tiene que existir, sino el dolor de la prisión. Un ejemplo gráfico: el marido que ha quedado tetrapléjico como consecuencia de su comportamiento auto punitivo debe ser condenado, ¿pero nos imaginamos que ingrese en la cárcel tetrapléjico? Planteo la pregunta.

Un segundo caso sería no ya el comportamiento auto punitivo, si el caso del autor que experimenta la legítima defensa de la víctima, es decir, que sufre la legítima defensa. El autor agrede, la víctima reacciona y, al reaccionar, causa al autor lesiones graves. Naturalmente, el autor lo es de una tentativa – de robo, de lesiones, de homicidio etc. – pero ha sufrido en esa agresión la legítima defensa de la víctima. Se debe castigar al autor, no sólo condenándolo naturalmente – la condena por tentativa de homicidio es razonable, la tentativa de robo con violencia – pero, si ha sufrido el daño derivado de la legítima defensa

¿debe sufrir adicionalmente el daño del ingreso en la cárcel? Eso lo pregunto a ustedes: ¿qué hacen con estos casos?

El autor que sufre la venganza, comete un homicidio y después sufre la venganza que no lo mata – de nuevo, si lo mata, se acabó el problema – por parte de los familiares de la víctima. Naturalmente eso no elimina la necesidad de una condena formal por el homicidio previo, pero si el autor ha sufrido una venganza, ¿debe sufrir adicionalmente la dimensión fáctica del castigo penal del Derecho Penal Público?

Los casos son muchos en realidad. Hay supuestos que la doctrina desde siglo XVIII, concretamente desde Hobbes y desde Kant, ha calificado como casos de pena natural, es decir, aquellos casos en los que, por ejemplo – normalmente son casos de delincuencia culposa – el autor produce un accidente automovilístico y el asiento automovilístico no sólo mata a terceras personas, sino que muere su esposa y sus hijos que ocupaban el automóvil que él manejaba. ¿Debe esa persona, aunque haya matado a tres o cuatro personas además de a su familia, sufrir la condena? Naturalmente, pero ¿debe sufrir la pena de prisión ejecutada?

Este es un caso relativamente frecuente, no es nada infrecuente, más infrecuente es, naturalmente, el caso del delito doloso en el que se producen efectos de pena natural sobre el propio autor. Les pongo los ejemplos de la jurisprudencia española que probablemente conocen ustedes también por casos similares en Brasil.

Primer caso es un terrorista que intenta colocar una bomba y, al preparar la bomba – está ya en una fase de tentativa, no es un mero acto preparatorio – explota en las manos y le produce mutilación de los dos brazos y ceguera. Pregunta: ¿debe ser condenado por tentativa de homicidio, atentado etc.? Condenar, sí. Pero ¿debe ir a la cárcel ciego y manco?

Otro caso más interesante y más frecuente en la práctica: en España tenemos un fenómeno relativamente frecuente que se dice a los traficantes de drogas lo que llamamos “mulas”, que transportan en el intestino – aterrizan en el aeropuerto de Madrid, normalmente – bolas de cocaína. Se plantea el problema de que ocurre cuando alguna de estas bolas de cocaína se ha abierto durante el viaje, de tal manera que la persona llega a Barajas no sólo para ser detenida, sino que directamente para ir al hospital, porque experimenta gravísimas lesiones como consecuencia de ese transporte de cocaína – a veces muere.

Imaginemos el caso de las gravísimas lesiones y no de la muerte – naturalmente, de nuevo la muerte arregla muchas cosas. Al Tribunal Supremo Español se le plantea esta cuestión: ¿debe ingresar en prisión? Naturalmente puede ser condenada, pero ¿debe ingresar en prisión cuando se encuentra afectada por gravísimos problemas de salud como consecuencia de esa explosión de la bola de cocaína?

Todos estos son casos que deben conducir alguna reflexión sobre la necesidad, ya no genéricamente hablando, sino específicamente hablando de la necesidad de un sufrimiento adicional porque, como se observa, directa o indirectamente, el autor experimenta algo que en castellano decimos “en el pecado lleva la penitencia”. Cuando esto es así, ¿tiene sentido la penitencia pública? ¿Tiene sentido el sufrimiento de la pena?

Yo creo que todos estos casos – hay muchos otros – deben conducir a una reflexión sobre la auténtica necesidad de la ejecución del jus puniendi estatal mediante la causación efectiva de daño al autor. Piensen que el efecto preventivo de estos casos que he comentado últimamente es enorme, de un efecto disuasorio probablemente mil veces superior al de la pena de cárcel.

En todo caso, el Derecho Penal Público tiene que considerar estas cuestiones. Es importante, también,

que el Derecho Penal Público no sea un instrumento de la venganza de la víctima. En este momento actual, existen doctrinas que no existían hace veinte o treinta años, que se desarrollaron normalmente con ocasión de los crímenes contra la humanidad, de las doctrinas relativas a la sanción de crímenes de lesa humanidad, que entendieron que la pena debería ser fundamentalmente un instrumento de satisfacción de las víctimas, de tal manera que sería insuficiente una pena que no tuviese como efecto la producción de esa satisfacción. Esta doctrina, como suele suceder para las doctrinas que se desarrollan en un ámbito concreto del Derecho Penal, se ha difundido para todo el Derecho Penal. En este momento es una tesis que es sostenida por autores norteamericanos, alemanes y creo también por autores en América Latina.



La pena como mecanismo de satisfacción de una víctima que reclama venganza. En mi opinión, la justificación de la pena – y en particular estoy hablando siempre de la ejecución material de la pena, no de la condena formal, sino la ejecución dolorosa, sufrida de la pena – pretender justificar este dolor de la pena desde la perspectiva de la satisfacción de la víctima constituye una pretensión insostenible porque la víctima puede buscar

naturalmente la recuperación de aquello que perdió en el dolor del autor, pero por mucho sufrimiento que tenga el autor, la víctima jamás va a recuperar aquello que perdió. Eso significa que la imposición del dolor al autor sobre la base de esa necesidad de satisfacción de la víctima genera un círculo vicioso, un círculo diabólico de rencor cada vez más, cada vez más, cada vez más, hasta el final.

Hasta aquí, la primera parte, cuyo resumen es el siguiente: el Derecho Penal del Estado debe naturalmente producir la condena como expresión simbólica de la infracción de la norma y, además, como expresión de la responsabilidad del autor, de la no responsabilidad de la víctima y de la no responsabilidad del resto de la sociedad, o al menos una corresponsabilidad limitada del conjunto de la sociedad. Pero, la cuestión adicional, si el autor debe experimentar dolor, debe sufrir el ingreso efectivo en prisión, es algo que no debería ser automático, que debería ser analizado muy cuidadosamente, teniendo en cuenta las necesidades de prevención general positiva, de prevención general negativa y de prevención especial. Además, particularmente, esta decisión judicial sobre el ingreso en prisión o la aplicación de sanciones alternativas debería ser en particular considerada, en aquellos casos en que, con posterioridad al delito, el autor experimenta ya un sufrimiento derivado de él mismo, de terceros o del contexto en que se produjo el delito.

Todo esto, no sólo desde una perspectiva de política de resocialización del autor, sino desde una perspectiva de tratar de favorecer la reconciliación autor-víctima, no disponiendo obstáculos adicionales a esta reconciliación. A partir de aquí, la cuestión es ¿qué deberes positivos tiene el Estado? He comentado hasta ahora, digamos los deberes negativos, a ser posible no ingresar en prisión si ello no es estrictamente necesario.

Ahora deberes positivos: los deberes positivos son de promoción de mecanismos institucionales orientados a la reconciliación entre la víctima y el autor. El Esta-

do no puede producir la reconciliación. La reconciliación es una cuestión de víctima, autor y de terceras personas que pertenecen a la sociedad civil, no es tarea del Estado. Pero, el Estado debe favorecer, propiciar la existencia de esos cauces, de esos caminos de reconciliación, porque, en primer lugar, hay que reconocer la parcial corresponsabilidad social en el delito. Es decir, el delito es naturalmente objeto de la responsabilidad individual del delincuente, no se trata de negar la responsabilidad individual, pero sería hipócrita negar que la sociedad en su conjunto, en muchos delitos – no quiero decir en todos, absolutamente – es también corresponsable por la ausencia de oportunidades, por la desigualdad social, por la violencia social extrema etc., se puede afirmar que en muchos delitos existe también una corresponsabilidad social.

En segundo lugar, porque un Estado social no puede abandonar al sujeto cuando ha cometido un delito. Un Estado liberal podría, naturalmente, actuar asépticamente, atribuyendo responsabilidad al delincuente y olvidándose de él para siempre, eso es la asepsia liberal. Un Estado social que no sólo considera la libertad formal, sino que también considera la libertad real de los ciudadanos, sabe que ese ciudadano necesita algo que el Estado puede contribuir a que se produzca.

Hay una frase de un autor que particularmente me interesó siempre, el profesor Arthur Kaufmann, que murió aproximadamente hace unos quince, veinte años, y trató durante toda su vida de proponer un Derecho Penal y una filosofía del Derecho Penal profundamente humanista, quizá porque él experimentó sufrimiento durante toda su vida de una forma muy intensa, él luchó de joven en la Segunda Guerra Mundial y, como consecuencia de la guerra, le quedaron en la cabeza una serie de pequeñas partículas metálicas, que le producían un dolor terrible. Estuvo sesenta años de su vida experimentando el dolor diariamente. Yo creo que esta dimensión perso-

nal le hizo reflexionar mucho sobre todo el dolor que rodea al Derecho Penal, y dice una frase que cito de forma textual: “El ser humano que experimenta el dolor de la culpabilidad necesita la expiación, necesita la reconciliación. Tiene que tener la posibilidad de hacer las paces consigo mismo y con la comunidad. Es inhumano vetarle tal posibilidad, dejarlo a solas con su culpabilidad”.

A partir de esa idea – y eso no es una cuestión del Proceso Penal, no es cuestión del Derecho Penal Público, pero sí del Estado social – el Estado Social que observa esta situación debe no olvidar al delincuente, una vez que lo condena. Debe abrir la posibilidad de que este autor pueda hacer las paces consigo mismo, con la víctima y con la sociedad.

Para eso, es necesario que el autor tenga la posibilidad, posterior al Proceso Penal, de aproximarse a la víctima y la víctima de aproximarse al autor. Naturalmente, la reconciliación es un procedimiento voluntario, no existe reconciliación forzada, tampoco coactiva, pero, debe favorecerse. Esa reconciliación necesita que el autor reconozca a la víctima en la humanidad que él negó mediante el delito. Es decir, que reconozca que la víctima es persona humana, no es una cosa, un instrumento para la consecución de sus propios fines. ¿Cómo se reconoce la humanidad de la víctima? Sólo mediante la petición de perdón. El delito como problema antro-

pológico empieza con la negación de la humanidad de la víctima y tiene que acabar con el reconocimiento de la humanidad de la víctima y ese reconocimiento es la petición del perdón.

Naturalmente, la víctima puede conceder el perdón o negarlo. La concesión del perdón, por difícil que sea, supone también que la víctima reconozca que el autor es humano, que no es un monstruo porque, como humano, también puede cometer delitos, pues los seres humanos, en tanto seres imperfectos que somos, podemos cometer delitos. El perdón, sólo el perdón de la víctima, que naturalmente puede ser favorecido por las estructuras sociales y políticas pero que finalmente es una cuestión personal, es el difícil reconocimiento de que el autor no deja de ser persona, no deja de ser humano por la comisión del delito, que todavía tiene una segunda oportunidad, que no es simplemente algo que hay que destruir, que hay que aniquilar para siempre.

Sólo entonces, cuando el autor pide perdón, y cuando la víctima intenta superar su deseo de venganza, su resentimiento, su rencor, y finalmente concede el perdón, ha terminado el delito, sólo entonces es posible que la vida real vuelva a empezar. Esta es nuestra tarea como sociedad, como personas, también nuestra tarea como juristas.

Muito obrigado!

III CONGRESSO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

31 de agosto a 2 de setembro de 2017 - Águas de Lindoia/SP

Realização:



Apoio:

MPSP Ministério Público
DO ESTADO DE SÃO PAULO



Teses Aprovadas III Congresso Criminal do MPSP

Política Criminal

1. O Ministério Público precisa criar um novo modelo de atuação criminal sob a forma de Agência: a) vinculada por causas, não por território ou varas judiciais, b) com atuação preventiva e repressiva orientada por laboratórios de jurimetria e pelo princípio do promotor do fato, com legitimação concorrente para atuação criminal e de tutela de interesses difusos que configurem causas de criminalidade; c) com atuação em rede interna, orientada pelo princípio da interdependência funcional (feição democrática da conciliação da independência funcional e unidade institucional), com promotores e procuradores de justiça, analistas, oficiais de promotoria e analistas de dados; d) atuação em rede externa de forma integrada, com concreto compartilhamento de provas e interoperabilidade de dados.
2. É fundamental a mudança de postura dos Órgãos de Administração Superior na construção do Ministério Público criminal contemporâneo, tanto para a implantação do laboratório de jurimetria e de agências, quanto para a construção de uma política orientada para a eficiência e eficácia social de resultados, afastando-se da concepção de atuação tradicional voltada apenas à apreciação de feitos criminais de forma reativa.
3. É preciso uma mudança de paradigmas no enfrentamento ao combate dos crimes patrimoniais, com efetiva atuação conjunta entre Ministério Público e Poder Legislativo na formatação de legislação penal que confira proteção eficiente às vítimas e familiares de vítimas de crimes violentos ou perpetrados com grave ameaça.
4. O Ministério Público deve construir uma política própria de atuação preventiva da vitimização, com controle de causas e identificação de parâmetros

de repetição da criminalidade, além de mecanismos e instituições de proteção de vítimas e réus colaboradores, fomentando a instalação de núcleos multidisciplinares de acolhimento às vítimas e testemunhas dentro do Ministério Público.

5. É fundamental o fortalecimento da atuação mais resolutiva, preventiva e extraprocessual do Ministério Público, com efetiva integração entre as promotorias de justiça.
6. É dever institucional tutelar a segurança como direito fundamental e, nesse sentido, imprescindível a criação de promotorias de justiça regionais de segurança pública e atuação integrada entre as promotorias de justiça, sem a delimitação tradicional dos territórios das comarcas.
7. É fundamental disseminar o conceito de direito fundamental de segurança pública e do princípio da proibição da proteção deficiente como tese institucional em todas as manifestações processuais dos membros do Ministério Público.
8. A atuação do Ministério Público em segunda instância deve se dar de maneira integrada com a primeira instância, de maneira especializada dentre as áreas de atuação criminal e com vinculação dos procuradores de justiça junto às Câmaras do Tribunal de Justiça.
9. Os promotores de justiça devem participar diretamente na construção de teses objeto de recursos especiais e extraordinários.

INVESTIGAÇÃO E CONTROLE EXTERNO

10. O Ministério Público deve exigir, como regra, a instauração de inquérito policial para a apreciação de quaisquer medidas cautelares, como mecanismo legal de controle externo da atividade policial.
11. Incumbe ao Conselho Superior do Ministério Público o controle da instauração, prorrogação e arquivamentos de procedimentos investigatórios criminais instaurados por membros do Ministério Público.
12. O Ministério Público deve evoluir para adotar, como medida de eficiência no combate à criminalidade, para a política do plea bargain, com o fim da obrigatoriedade da ação penal pública, devendo ser discutidos os critérios reger a discricionariedade.

TESES JURÍDICAS

13. O Ministério Público, no combate às organizações criminosas, deve adotar a teoria do domínio da organização no tocante aos comandos, em que é prescindível a prova do liame subjetivo e, no caso concreto, deve haver inversão do ônus da prova quanto às ordens dadas pelo chefe da organização.
14. Nas audiências de custódia ou interrogatórios em geral, pode incorrer em crime de calúnia ou denunciação caluniosa o preso ou réu que atribuir ao agente público responsável pela prisão, a prática de lesão corporal ou tortura sem existência de indícios mínimos de autoria e materialidade.

15. É essencial que o Ministério Público busque junto ao Poder Legislativo a criação de um novo tipo penal visando a plena proteção da liberdade sexual nas hipóteses em que os atos libidinosos não configurem os crimes dos arts. 213, 215 e 217-A do Código Penal.
16. É necessário o afastamento da banalização da interpretação do art. 35 da Lei nº 11.343/06, além de da evidente inconstitucionalidade do art. 33, §4º, da mesma lei, face a proteção jurídica deficiente.
17. Devem ser reconhecidos os maus antecedentes decorrentes de acórdãos condenatórios prolatados em grau recursal antes do trânsito em julgado, em consonância com a interpretação dada pelo STF ao princípio da presunção de inocência.
18. Por simetria constitucional entre a Magistratura e o Ministério Público, nos termos do art.129, § 4º, da Constituição Federal, o termo inicial para a contagem do prazo para o Ministério Público recorrer deve ser de 24 (vinte e quatro) horas após o efetivo recebimento pelos órgãos auxiliares e secretarias e seu encaminhamento ao membro da instituição.
19. Há necessidade de imediata ampliação, para 05 (cinco) dias, do prazo para embargos de declaração no processo penal, para garantia do princípio da paridade das armas e igualdade material.
20. Para a consumação dos crimes de estupro não se exige contato física entre agente e vítima durante o ato apontado como libidinoso e diverso da conjunção carnal.

Galeria de Fotos

Galeria de fotos



Galeria de fotos



Galeria de fotos



Galeria de fotos



Galeria de fotos



Galeria de fotos



Galeria de fotos



Galeria de fotos



Galeria de fotos



Galeria de fotos



Galeria de fotos



Galeria de fotos



Galeria de fotos



Galeria de fotos



Galeria de fotos



Galeria de fotos



Galeria de fotos



Galeria de fotos



Galeria de fotos



Galeria de fotos



Galeria de fotos



Galeria de fotos



Galeria de fotos



Galeria de fotos



Galeria de fotos



Galeria de fotos



Galeria de fotos



Galeria de fotos



Galeria de fotos



Galeria de fotos



Galeria de fotos



Galeria de fotos



Congressistas

Adriana Ribeiro Soares de Moraes – São Paulo
Aldana Messuti Tardelli – São Paulo
Alexandre Rocha Almeida de Moraes – São Paulo
Alfonso Presti – São Paulo
Aline Moraes – São Paulo
Aluisio Antonio Maciel Neto – São Paulo
Ana Brasil Rocha Pena – São Paulo
Ana Carolina Gregory Villaboim – São Paulo
Andre de Freitas Paolinetti Losasso – São Paulo
André Estefam Araujo Lima – São Paulo
Andre Luiz Brandão – São Paulo
Andre Wagner Melgaço Reis – Goiás
Annunziata Alves Iulianello – São Paulo
Antonio Carlos da Ponte – São Paulo
Antonio Lopes Monteiro – São Paulo
Aruel Martins – São Paulo
Carlos Bruno Gaya da Costa – São Paulo
Carlos Eduardo de Castro Paciello – São Paulo
Carlos Eduardo Pozzi – São Paulo
Celeste Leite dos Santos – São Paulo
Daniele Volpato Sordi de Carvalho Campos – São Paulo
Danilo Roberto Mendes – São Paulo
Eduardo Dias Brandão – São Paulo
Eduardo Luiz Michelin Campana – São Paulo
Eudes Leonardo Bomtempo – São Paulo

Fabiano Augusto Petean – São Paulo
Fabiola Moran Faloppa – São Paulo
Fausto Junqueira de Paula – São Paulo
Felipe Locke Cavalcanti – São Paulo
Fernanda Chuster Pereira Honório – São Paulo
Fernando Célio de Brito Nogueira – São Paulo
Fernando Reverendo Vidal Akaoui – São Paulo
Gianpaolo Paggio Smanio – São Paulo
Hermes Duarte Morais – São Paulo
Horival Marques de Freitas Junior – São Paulo
Ieda Casseb Casagrande Bignardi – São Paulo
João Santa Terra Júnior – São Paulo
Joiese Filomena Teoto Buffulin Salles – São Paulo
José Claudio Zan – São Paulo
José Oswaldo Molineiro – São Paulo
José Reinaldo Guimarães Carneiro – São Paulo
José Roberto Rochel de Oliveira – São Paulo
Julio Cesar Botelho – São Paulo
Karina Yukime Ichikawa Vicenzotto – São Paulo
Liliana Mercadante Mortari – São Paulo
Lorena Gentil Ciampone – São Paulo
Lucas Corradini da Silva – São Paulo
Lúcia Nunes Bromerchenkel – São Paulo
Luis Claudio Davansso – São Paulo
Luis Samarone Batalha Carvalho – Maranhão

Marcelo da Silva Martins Pinto Gonçalves – São Paulo

Marcelo Sorrentino Neira – São Paulo

Márcio Augusto Friggi de Carvalho – São Paulo

Marcio Sergio Christino – São Paulo

Marcos Akira Mizusaki – São Paulo

Marcos Mendes Lyra – São Paulo

Marcos Tadeu Rioli – São Paulo

Maria Carolina da Rocha Medrado – São Paulo

Mario Antonio de Campos Tebet – São Paulo

Mario Luiz Sarrubbo – São Paulo

Nathalia Monteiro Cipolla Piola – São Paulo

Nathalie Kiste Malveiro – São Paulo

Nilza Pinheiro Chaim – São Paulo

Paula Castanheira Lamenza – São Paulo

Paulo Cezar dos Passos – Mato Grosso do Sul

Paulo Penteado Teixeira Junior – São Paulo

Pedro Eduardo de Camargo Elias – São Paulo

Pedro Henrique Demercian – São Paulo

Rafael Beluci – São Paulo

Rafael de Oliveira Costa – São Paulo

Rafael Queiroz Piola – São Paulo

Rafael Simonetti Bueno da Silva – Goiás

Reinaldo Rodrigues de Oliveira Filho – Mato Grosso

Renata França Cevidanes – São Paulo

Ricardo Prado Pires de Campos – São Paulo

Congressistas

Roberta Aline Saragiotto – São Paulo

Roberto Barbosa Alves – São Paulo

Rogério José Filócomo Júnior – São Paulo

Romeu Galiano Zanelli Junior – São Paulo

Sebastião Jose Pena Filho Brasil – São Paulo

Sergio Neves Coelho – São Paulo

Silvia Chakian de Toledo Santos – São Paulo

Tania Maria Alves de Camargo Silva – São Paulo

Tereza Cristina Maldonado Katurchi Exner – São Paulo

Tomás Busnardo Ramadan – São Paulo

Valderez Deusdedit Abbud – São Paulo

Vanessa Ibarreche Santa Terra – São Paulo

Werner Dias de Magalhães – São Paulo

Mídias Digitais

Assista a todas as palestras proferidas no Congresso do Júri.

Digite o endereço abaixo em seu navegador:

http://www.esmp.sp.gov.br/Videos_Online/Videos/Congresso_Criminal_2017/CongressoCriminal17.htm



MPSP
Ministério Público
DO ESTADO DE SÃO PAULO

