



## I SEMINÁRIO DE DIREITO PARA JORNALISTAS - DIA 31.08.00

---

### VARAS CRIMINAIS

**DESEMBARGADOR EDSON ALFREDO SMANIOTTO  
TJDFT**

Senhor Presidente, colegas, Senhores, quinze minutos sobre crime e prisão. É difícil. Vamos lá. O que é crime? Não é o que o juiz quer que seja crime, não é o que a sociedade quer que seja crime. Crime pressupõe tipicidade.

O que é tipicidade, em uma palavra de nove letras: adequação. Adequação de quê? O que acontece na rua, o fato em análise, o fato em julgamento tem que se adequar perfeitamente com a lei do Código Penal. Vejam, eu falei adequar perfeitamente, a menor discrepância, a menor divergência entre o que acontece na rua e a disposição contida no Código Penal, a menor divergência faz com que o réu seja absolvido porque sua conduta não é criminoso.

Repito, crime não é o que o juiz queira que seja crime, crime é a conduta que se adequa.

Simplesmente porque o Código Penal, além de punitivo, quando ele diz: matar alguém, pena de 6(seis) a 20(vinte), de 12(doze) a 30(trinta), além de punitivo, o Código Penal é libertário. Por que libertário? Porque quando o Código Penal cria modelos, cria figurinos que vão permitir a perfeita adequação, ele delimita o poder incriminador do Estado, ou seja, sei que hoje posso fazer tudo que quiser desde que pelo menos na lei em vigor, a partir de ontem, a minha conduta não esteja descrita daquela forma do Código Penal.

Doutores, o Código Penal deveria ser, na verdade, um repositório, um depósito de modelos perfeitos, porque nós vamos trabalhar com adequação do que acontece na vida com o que está escrito na lei penal.

O Código Penal deveria ter modelos como, por exemplo, a obra de Michelângelo. Quem for à Itália, Roma, visitar a Igreja São Pietro, em Vincole, vai encontrar, do lado, ali, a estátua de Moisés. Refiro-me a Moisés, porque diz a história que Michelângelo terminou a obra e queria que Moisés falasse, tamanha imitação da verdade, tamanha imitação da realidade. Nunca vi Moisés, mas o dia em que me encontrar com ele sei quem é, porque olhando a estátua, olhando a escultura, sei quem a escultura identifica. O Código Penal deveria ser assim. Olhando o artigo de lei, deveria saber qual é a conduta exata que o legislador quer unir, que o legislador que evitar. Repito, já que o crime pressupõe adequação, o crime exige adequação.

A atividade do juiz então é tranqüila, porque é só encontrar o branco da vida e observar o branco da norma, ele estabelece adequação, o crime já fica resolvido, ou seja, a atividade do juiz é fácil porque o diagnóstico sempre é tranqüilo. Não, não é. Por que não é tranqüilo? Porque o Código Penal tem algumas leis, alguns artigos, vou citar um que diz assim: " raptar - lembrem-se que só haverá crime se houver adequação do que acontece na vida com a norma penal, com a lei penal. E o art. 219 diz assim: raptar - sei o que é raptar? Sei. Mediante violência? Sei. Grave ameaça? Sei. Fraude? - fraude é engano, sei. Para fim libidinoso? Libidinagem é prazer sexual, sei. Mas a lei não pára aqui, ela fala assim: "raptar mediante violência, grave ameaça, ou fraude, para fim libidinoso, mulher honesta." Se a vítima não for mulher honesta, não há crime, porque não há adequação. E como interpretar mulher honesta. O que é mulher honesta? É a mesma coisa que homem honesto.

Nós poderíamos ficar, durante muito tempo, aqui, falando sobre esses tais artigos que fazem com que nós percamos os cabelos, para dizer se há crime, ou não. Porque aí vai entrar um juízo de valor, um

critério axiológico de valor, vou ter que valorar a vítima e a conduta da vítima para concluir se ela é, ou não mulher honesta. E percebam, estou estabelecendo um juízo de valor no momento mais crítico do direito penal, que é no momento da tipicidade, no momento em que vou olhar para o réu e falar: "você cometeu crime". E, às vezes, nem o réu sabe, porque segundo seu conceito a mulher que ele raptou não era honesta.

Aí viram os senhores: não, mas essa lei é de 1940. É, é verdade, vamos voltar para cá, 1990, está bem? Bem, mulher honesta, ato libidinoso, isso é coisa secundária. E que tal uma lei que cuida dos crimes contra a ordem tributária nacional. Está bem? Então vamos lá, vamos pegar o comerciante que não emite nota fiscal, a autoridade do fisco chega para ele e fala: quero a nota fiscal dessa mercadoria. Diz a lei: "o fiscal poderá dar ao comerciante o prazo de 10(dez) dias". Esse prazo de dez dias pode ser convertido em horas, o "s" significa no mínimo (02) duas, de (02) duas horas, ou (10) dez dias, vou ter que adequar para saber se foi crime. E a Lei continua dizendo, olha o modelo que tenho para equiparar, para adequar, e a lei continua dizendo: "esse prazo de (10) dez dias será convertido em horas dependendo da maior, ou menor complexidade da matéria", dependendo do maior, ou do menor grau de dificuldade para o cumprimento da exigência. Se os senhores tiverem curiosidade de anotar, é Lei 8.137 de 27 de dezembro de 1990 a lei em vigor que define os crimes contra a ordem tributária nacional, diz isso: "só haverá crime se a matéria for complexa - a ponto de permitir dez dias - ou sem complexidade - a ponto de permitir duas horas, de duas horas a dez dias". Como é que o juiz analisa a complexidade?

Bem, só estou dizendo para os senhores que se há dificuldade em nós estabelecermos o fato típico, a figura criminosa, imaginem a dificuldade que tem um juiz criminal para saber se pode prender o réu desde o momento do crime, ou não. Vejam, deu tiro nas costas. Esse tiro nas costas é homicídio qualificado pelo recurso que impossibilitou a defesa da vítima, ou esse tiro nas costas não tem nenhuma qualificadora porque quando atirou a vítima já estava correndo para se defender e não logrou êxito.

Então, se já há uma extrema dificuldade, Doutores, na tipificação da conduta, na visualização do crime, imaginem, agora, para prender o réu no momento do cometimento do crime, ou seja, imaginem a dificuldade que tem um juiz para prender um réu na imediatidade do crime, na imediatidade do delito.

A lei poderia dizer assim: nos crimes mais graves o juiz prende, nos crimes menos graves o juiz não prende. Ah, se fosse assim, sairia da vara cível correndo e iria trabalhar no crime, porque não haveria dificuldade alguma, era só olhar, qual é a pena? 15 (quinze) anos? Prende. Que pena é essa? 3 (três) meses? Solta. E a sociedade não ficaria em perplexidade cada vez que o Tribunal prende e solta. O juiz prende e o tribunal solta. Nós teríamos uma regra preestabelecida com uma clareza absoluta. Não é assim, porque o direito não é tão simples assim. Porque Senhores, vejam. A justiça penal, o sentido da justiça decorre da condenação. Então aquela prisão justa é a prisão que decorre da culpa, é a prisão que decorre da condenação. Quem diz isso? A Constituição Federal. A Constituição fala assim: antes de o réu ser condenado - definitivamente condenado - quer dizer, condenado até o último momento do processo - enquanto o réu não for condenado de uma vez por todas, a Constituição é que diz isso, todos nós vamos presumir o réu inocente, perceberam? Então, se a justiça penal, se o justo penal é prender depois da condenação, e a Constituição fala que antes da condenação todos somos inocentes, como é que o juiz consegue prender antes? E aí vem a diferença. Quando o juiz prende antes, ele não prende por justiça, ele prende por necessidade. Espero que os Senhores estejam percebendo a distância abismal que há entre a expressão prender por justiça e prender por necessidade.

Quem prendo por justiça? Aquele que foi condenado, o júri decidiu. Esse salão era júri, aqui sentavam os jurados, e quantos julgamentos nós fizemos aqui e o júri falou: condeno, sim, condeno - pena, 12 anos de reclusão - não há mais recurso, porque foram todos os recursos opostos, ou porque se conformaram com a sentença. A partir daquele momento, a prisão do réu é a prisão por justiça. Mas, e quando alguém comete um crime? Tem que se esperar esse momento tão distante para prender o réu? Bem, se nós encararmos o que a Constituição fala, que todos somos presumidamente inocentes, nós deveríamos mesmo esperar saber se o réu é culpado mesmo do crime que estão dizendo que ele cometeu. Não, mas e se ele confessar? Não importa, a confissão é uma prova importante, mas a Constituição recomenda que o juiz olhe a confissão com reserva. Por que com reserva? Às vezes a confissão é tão absoluta, com reserva, porque o contraditório é impositivo da Constituição. Ainda que o réu diga: eu me odeio, juiz me mande para a cadeia. A Constituição diz, ele tem todo direito de ser defendido em um devido processo legal.

Então vejam: Uma coisa é prender por justiça, outra coisa é prender por necessidade. E se prender

por necessidade com uma preocupação grande, prender por necessidade correndo-se o risco de prender alguém injustamente, porque de repente a necessidade, ainda que presente, pode não se caracterizar mais tarde na culpa do réu, e nós corremos o risco de prender pessoas inocentes, que depois a justiça vem declarar como tal. E mais, podemos prender contrariando essa hipótese, e aqui não é mérito ainda, mas podemos, de qualquer modo, estar apressando o juízo de culpa quando a Constituição assegura e presume a inocência.

Então, como é que se estabelece essa ordem de necessidade para que o juiz prenda alguém antes do julgamento, antes do processo acabar com o reconhecimento da sua culpa? Esse é o tema, prisão cautelar. Como é que se prende alguém por cautela? Como que se prende Cacciola, enfim, esses nomes todos? Como é que nós prendemos o réu que assalta, o réu que furta, o réu que comete estupro? Como é que nós prendemos antes de ele ser condenado? Por necessidade. E como é que se estabelece o juízo da necessidade? Ah, é a nossa mulher honesta. Dificílimo, difícilimo.

Dei o nome do Cacciola porque tinha anotado aqui para lembrar aos Senhores, e para mostrar como é difícil. No Supremo Tribunal Federal, um Ministro disse o seguinte: " Concedo o habeas corpus ao Cacciola - que estava preso preventivamente - simplesmente porque o fundamento da sua prisão era - e aí a necessidade - de que ele dava mostras de reunir condições de fugir do Brasil. E o Ministro Marco Aurélio disse: "partindo desse princípio, todos podem fugir do Brasil." Todos que cometem crime devem ser presos no mesmo dia do crime, se houver tempo para prendê-lo, ou pelo menos nas próximas horas seguintes. Imaginem os Senhores quem morar em Petro Ruan Cabalheiro, ali deveria ter um presídio do tamanho da cidade, porque é só para o lado de lá da rua, saiu-se do território nacional.

Então, como é que eu estabeleço um juízo de que alguém vai fugir? É fácil isso, basta dizer: tem dinheiro para fugir, vai fugir, não tem dinheiro para fugir, não vai fugir. Isso é um critério eletista, não verdadeiro. Se os Senhores pegarem a maioria dos réus foragidos no Distrito Federal são réus que sequer salário-mínimo ganhavam e lograram êxito, estão foragidos da justiça.

Então, como é que se estabelece? O Ministro Marco Aurélio falou: "bem, partindo desse princípio, todos podem fugir, esse não é um bom argumento para mantê-lo preso", e concedeu a ordem. Um colega seu do Supremo Tribunal Federal, em seguida, analisando um outro recurso interno, chegou a conclusão: "Não, ele reúne condições de fugir" e mandou prender de novo, e conseguiram prender? Não. E o que aconteceu? Ele fugiu.

Perceberam, Senhores, como é difícil esse critério.

Diz, por exemplo, a prisão temporária, que é uma outra espécie de prisão, antecipada, a prisão por necessidade. A lei fala assim: o juiz poderá decretar a prisão por cinco dias, renováveis por mais cinco dias, se o crime for grave - e a lei fala quais são esses crimes determinados graves - desde que a prisão seja imprescindível para a instauração do inquérito policial. E fácil isso? Como analisar se é indispensável, ou não a prisão do indiciado? Vejam que não é a prisão para punir, é a prisão para garantir. Garantir o quê? A necessidade. Garantir o quê? A possibilidade da instauração do inquérito policial. Cinco dias, renováveis por mais cinco, se for crime hediondo 30 dias, renováveis por mais trinta. Só.

Bem, depois vem a prisão preventiva. Como é que o juiz pode prender alguém antes de ele ser condenado preventivamente? O processo penal dá as hipóteses. Desde que o réu esteja atentando contra a ordem pública, ou econômica. A primeira hipótese é essa. Como se pode atentar contra a ordem pública, ou econômica? Bem, se o juiz fizer uma valoração, e chegar a conclusão de que o réu que cometeu aquele crime na segunda-feira, hoje é quinta, ele pode, em liberdade, cometer novo crime sábado. Senhores, como é que o Juiz valora isso? Como ele faz esse prognóstico? Nós temos nossos filhos em casa, conhecemos nossos filhos desde o primeiro dia de vida, quantos pais, colegas nossos, surpreendem-se com atitudes absurdas desses jovens, e olha que nós acompanhamos a vida dos nossos filhos desde que nasceram. Como é que o juiz, então, olhando para o réu fala: esse réu está com cara de que se ficar solto vai tornar a delinquir? É fácil isso. Não, mas espera aí, é só o juiz ver a folha penal dele. Ah, ótimo. Então vamos pegar a folha penal e vamos ver que ele tem lá 10(dez) inquéritos policiais. Aí o juiz prende e o Tribunal solta. Como? Não dá para ter acordo entre eles? Não dá. Não dá para eu conversar com o juiz, ou com o desembargador, ou com o ministro e falar: ministro, eu vou prender, segura aí. Não dá. Não dá porque cada poder, cada instância tem a sua independência. E aí o que faz o juiz? O juiz prende porque olha a folha penal, e o Tribunal solta porque fala: o que está escrito na folha penal não é certeza de nada. A Constituição diz que em todos aqueles registros ele é presumidamente inocente. E agora? Perceberam?

Pode-se prender também em favor da ordem econômica. Como assim? Alguém deu um desfalque na

praça, pegou poupança, tomou conta corrente e tudo, e aí o juiz pode prender porque essa pessoa pode continuar na gerência do banco, na propriedade do banco e continuar lesando a ordem econômica. Bem, mas os Senhores já viram algum grande proprietário de banco, grande financista, grande, enfim, economista, alguém que detenha a poupança da sociedade, já viram a justiça descobrir o fato enquanto ele está acontecendo? Nunca. Os Senhores já viram alguém ser levado aos tribunais e continuar no desempenho desse tipo de atividade? Eu não vou dar exemplo, mesmo porque em todos os exemplos que eu der essas pessoas são presumidamente inocentes. Mas eu poderia falar nomes, escuta aquele dono daquele banco tal, quando a justiça descobriu o que ele estava fazendo, o que ele fez? Ele continuou? Não claro que não, nem precisava continuar, já fez o que devia ter feito. O dono de determinada construtora, depois que o problema veio a tona, ele continuou vendendo apartamentos? Não. Então é só essa posição que o juiz criminal tem para prender. Se alguém, descoberto o crime continuar insistindo nele. E essas pessoas nem precisam mais disso.

Outra hipótese, e vou ser breve, se o juiz, por exemplo, perceber que o réu está atemorizando testemunhas, diz a lei, por conveniência da instrução criminal. Ora, o Doutor Angelo é testemunha de um crime de homicídio, quando ele ia saindo na porta da casa dele, houve um crime dali na rua, e ele sabe quem é o réu, ele vai depor contra o réu e ele é a única testemunha em condições de dizer: "Quem matou foi o réu". Aí, de repente, o réu começa a atemorizá-lo, diz: "Angelo, conheço a escola onde seus filhos estudam". Se o Angelo vier para a Justiça e disser: "Estou sendo ameaçado", o juiz toma o que está se passando com a testemunha por escrito e pode prender o réu, em favor da instrução do processo. Mas isso acontece? Só se a ameaça for fraca, porque se a ameaça for para valer, nenhuma testemunha ameaçada vai dizer para o juiz: "Estou sendo ameaçado". A ameaça sempre produz bons resultados. Claro! Imagine que uma pessoa ameaçada, seriamente ameaçada, vai até a Justiça dizer para o juiz e dar fundamento para o juiz para que ele decrete a prisão preventiva desse réu? Nunca! Dificilmente!

Bom, estamos quase acabando as hipóteses. Que outra hipótese? Para assegurar a aplicação da lei penal. Essa frase que está na lei, no processo penal, é a frase que mais dá chance de prender as pessoas. Assegurar a eventual imposição de pena. É como se o juiz estivesse fazendo um julgamento assim: "Bem, foi ele mesmo, ele cometeu o crime, ele confessou, tem provas, até aqui, suficientes de que foi ele o autor do crime. Eu vou prender, porque ele pode fugir". É o tal do "pode fugir". É a mesma coisa que avaliar a expressão "mulher honesta". Como é que vou concluir se o réu pode fugir? "Ah, porque ele não tem emprego". Culpa de quem, se ele não tem emprego? "Ah, porque ele não tem patrimônio, ele não tem bem de raiz"? Nós falamos isso no foro: "ele não tem bem de raiz no distrito da culpa". Olha que coisa maravilhosa! O que estou querendo dizer? Ele não tem nem eira nem beira, ele não tem onde cair morto. Por isso é que ele pode fugir. Que juízo faço desse sentido? Ou então, ao contrário, agora ele tem muito dinheiro, esse vai fugir. Paro por aqui. Vejam como o juiz sofre.