

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

EDITORIAL

O EXECUTIVO, O JUDICIÁRIO, O LEGISLATIVO, E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A evidente crise em que vivem os Estados-Nação como decorrência do processo de globalização tem posto à prova, no cotidiano da política, os valores democráticos e liberais mais caros conquistados ao longo da história da humanidade, acentuadamente o princípio da separação entre os poderes.

O legislador não legisla sem a concepção teleológica de tentar impor ao Executivo uma "maneira de governar". Por sua vez, considerada a noção tempo-espaço do mundo globalizado, o Executivo não "suporta" ficar à mercê do lento processo de elaboração legislativa. Por fim, não raras vezes, vê-se o Judiciário tomando decisões de conteúdo político-legislativo.

O contrato social constitui uma polarização dialética constante, baseada num critério de inclusão/exclusão que fundamenta todo o processo legitimador das decisões contratuais. Neste sentido, o contrato social será mais legitimado à medida que houver menos excluídos, o que significa dizer que esta tensão relativa à inclusão/exclusão reflete, diretamente, na legitimação do Estado como estabilizador dessa tensão dialética gerada pelo contrato social.

No âmbito do tema relacionado à separação dos órgãos do Estado, quanto maior a inclusão dos três Poderes no processo decisório, maior a legitimação do Estado. Por sua vez, quanto maior a exclusão de qualquer daqueles, menor a legitimação deste. *"O grau-zero da ausência de legitimidade do Estado Moderno é o fascismo que se constitui na redenção total da democracia perante as necessidades de acumulação do capitalismo"*⁽¹⁾.

Assim, para que tenham legitimidade, os processos de decisão do Estado-Administração têm que "suportar" a lentidão do processo legislativo e acatar a exigência de constitucionalidade material de seus atos imposta pelo Poder Judiciário. Em sentido contrário, o Executivo pode optar por excluir desta tensão dialética os demais Poderes, em nome de uma viabilidade temporal da decisão.

O eventual ato de corrupção praticado por um assessor do ministro-chefe da Casa Civil da Presidência da República, por força da dinâmica da informação, alcançou dimensões globais. A contração visando preservar não só o Executivo como a estabilidade econômica do País acompanhou a dinâmica espaço-tempo globalizada. Editou-se a MP nº 168/2004, com a justificativa da urgência (que é característica da emissão de todas Medidas Provisórias até hoje promulgadas), ofendendo-se o princípio da separação dos poderes.

O pressuposto é sempre o mesmo. O espaço-tempo globalizado não suporta a lentidão do espaço-tempo nacional. Com isso, o legislativo vê-se constantemente sufocado pela abusiva edição de Medidas Provisórias⁽²⁾: *"o poder de legislar do Congresso foi usurpado pelo Poder Executivo com a omissão e a cumplicidade do Congresso"*, afirma o líder do PDT **Jefferson Peres**. Para o presidente do Congresso **José Sarney**, *"o problema do Brasil hoje não é a falta de leis mas o excesso delas..."*⁽³⁾.

Ao editar uma Medida Provisória, a intenção declarada do Governo é a inclusão no sistema jurídico da vontade imediata do Poder Executivo, fazendo

alterar as regras até então estabelecidas e que, muitas vezes, serviram de fundamento para decisões do Poder Judiciário. Com isso, não raras vezes, ofende-se o direito adquirido e coisa julgada antes que o Congresso se manifeste sobre a nova legislação. Nega-se validade ao artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

Em nome da agilidade da decisão pressionada pelo espaço-tempo globalizado, sacrifica-se o equilíbrio legitimador do contrato social, excluindo-se indiretamente o Poder Legislativo e diretamente o Poder Judiciário do processo de decisão.

Também como consequência desta tensão dialética entre os três Poderes, o ministro **César Peluso** viu sua liminar, concedida para garantir o direito de preservação da imagem e da identidade da pessoa intimada a depor em CPI, ser desrespeitada pelo presidente da Câmara dos Deputados. Esta autoridade pública simplesmente alterou o horário da audiência (previamente designada e constante da liminar) para algumas horas depois, e alegou que aquela "nova" audiência não estava prevista na liminar do ministro, desrespeitando-a.

Pior: levada ao Plenário do STF, a medida liminar decretada pelo ministro **Peluso** foi cassada por seus pares. Naquele momento, coincidentemente, discutia-se o controle externo do Poder Judiciário no Congresso. O direito constitucional à imagem e à privacidade acabou desprotegido, talvez por interesse político.

Mais uma vez o princípio da separação entre os Poderes foi ofendido de maneira afrontosa.

Agora, seguindo decisão anterior do Supremo Tribunal Federal, determinou o Tribunal Superior Eleitoral que, por força da Constituição Federal, deve ser reduzido o número de vereadores do País. Imediatamente o Congresso Nacional resolveu *"alterar, até junho, a decisão do Judiciário de reduzir em mais de 8.500 o número de vereadores do País..."*⁽⁴⁾.

Outra vez o Estado Democrático de Direito é ofendido. Mais uma vez um dos Poderes da República afronta outro deles. São momentos perigosos de nossa história.

"O grau-zero da ausência de legitimidade do Estado Moderno é o fascismo que se constitui na redenção total da democracia perante as necessidades de acumulação do capitalismo"⁽⁵⁾. ●

Notas

- (1) **Boaventura Souza Santos**. "Reinventar a Democracia". *Cadernos Democráticos*, 4, *Coleção Fundação Mário Soares*, Edição Gradiva, p. 13.
- (2) *"O protesto dos senadores se respalda em números que dão ao presidente Lula o título de recordista na edição de MPs. Foram 74 em 15 meses de governo..."*, *Jornal O Estado de S. Paulo*, ed. de 31/03/04, "Sarney Critica Abuso na Edição de Medidas", "Comparação", p. A6.
- (3) *Jornal O Estado de S. Paulo*, ed. de 31/03/04, p. A6.
- (4) *"Congresso vai rever redução de vereadores"*, *Jornal Folha de S. Paulo*, ed. de 05/04/04, p. 05.
- (5) **Boaventura Souza Santos**. "Reinventar a democracia". *Cadernos Democráticos*, 4, *Coleção Fundação Mário Soares*, Edição Gradiva, p. 13.

Editorial

Índice

EDITORIAL: O EXECUTIVO, O JUDICIÁRIO, O LEGISLATIVO, E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	1
DESARMAMENTO: MAS A QUE PREÇO? Luciano Filizola da Silva	2
A PENA DO HOMICÍDIO PRIVILEGIADO-QUALIFICADO - UMA LEITURA GARANTISTA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE Fábio Trad	4
A PROPÓSITO DA PEDOFILIA Paulo Queiroz	5
INTERROGATÓRIO CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL Fernando A. Henriques Fernandes	6
UM POUCO DE LUZ NO PROCESSO DE REORDENAMENTO DA FEBEM Roberto da Silva	7
O DESAFIO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL René Ariel Dotti	8
TIMOR LESTE: O SOL, A NAÇÃO É A DEMOCRACIA NASCENTES Flávia D'Urso	9
MESA DE ESTUDOS E DEBATES: GENÉTICA E DIREITO - A QUESTÃO DAS EXPERIÊNCIAS COM EMBRIÕES HUMANOS Helena Regina Lobo da Costa	10
RECURSO DE APELAÇÃO-CRIME PELO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO José Maurício Pinto de Almeida	11
COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS NOS CRIMES DOS ARTIGOS 306 E 303, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO, E NOS CRIMES PREVISTOS NO ESTATUTO DO IDOSO Marcelo Matias Pereira	12
LEI 10.792/03, ASSISTÊNCIA DEFENSIVA ANTES E DURANTE O INTERROGATÓRIO JUDICIAL E OS "ESCRAVOS DA LEI" Marcelo Cury	14
LEGISLAÇÃO: ALTERAÇÕES NO ESTATUTO DO DESARMAMENTO Departamento de Estudos e Projetos Legislativos	15
MINISTÉRIO PÚBLICO: TERMO INICIAL DO PRAZO RECURSAL José Barcelos de Souza	16
COM A PALAVRA, O ESTUDANTE: AS RAZÕES DA APLICABILIDADE DO ARTIGO 9º DA LEI 10.684/03 (PAES) EM RELAÇÃO ÀS PESSOAS FÍSICAS Flávio Augusto Maretti Siqueira	18
Caderno de Jurisprudência	
O DIREITO POR QUEM O FAZ: PRISÃO PREVENTIVA NÃO É REMÉDIO PARA SÍNDROME DO PÂNICO Luiz Francisco Tromboni	793
JURISPRUDÊNCIA COMENTADA: CRIME DE ROUBO ADMITE O REGIME ABERTO Sandro Luiz de Oliveira Rosas	794
O DIREITO POR QUEM O FAZ: PRISÃO POR FURTO DE DUAS MELANCIAS Rafael Gonçalves de Paula	795
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	796
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	797
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL	798
TRIBUNAL DE JUSTIÇA	799
TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL	800

Verificou-se no dia 22 de dezembro de 2003 a entrada em vigor da Lei nº 10.826, recebendo a denominação de “estatuto do desarmamento”, recebida pela sociedade, através de seus meios de comunicação, como um passo decisivo na “luta contra a violência”, a qual assola nossas ruas, dissemina o caos, assombra as “famílias de bem”. Esta lei nasce com a promessa de retirar das ruas as armas de fogo, um dos grandes causadores deste mal moderno, trazendo mais segurança para nossas vidas. Uma conquista de movimentos populares articulados por organizações não-governamentais visando, de forma estranhamente contraditória, a promoção da paz através da repressão, com uso do instrumento penalizador do Estado, à posse e guarda ilegal de arma de fogo.

Como precisamente observado por **Zaffaroni**: *“un discurso jurídico penal bien estructurado no es otra cosa que un programa político con precisión pocas veces vista”*⁽¹⁾. O Direito Penal, por nascer de decisões políticas, vai espelhar, ainda que indiretamente ou, até mesmo, de forma não proposital, os interesses daqueles que o legislam, inclusive, na maioria das vezes, com o aval de grande parte da sociedade. Este consentimento do povo seria suficiente, num Estado Democrático de Direito, para tornar tal decisão política legítima, se não fosse por dois grandes vícios: um de vontade e outro de objeto.

Segundo um princípio basilar do próprio Estado Democrático de Direito, este só pode promover suas ações quando estas puderem, efetivamente, alcançar os objetivos declarados, ou seja, se o Estado praticar algum ato com uma determinada finalidade, caso restar verificado que ele jamais poderá alcançá-la, esse ato será inconstitucional⁽²⁾. Assim, tendo em vista a enorme sensação de insegurança vivida pela sociedade e produzida em grande escala pelos meios de comunicação, deve o Estado apresentar alguma solução e, sendo esta extremamente dispendiosa e morosa por ter que incidir sobre as grandes celeumas da área social, ele decide por uma alternativa mais simples, porém meramente simbólica, pois jamais poderá solucionar os conflitos concretos: opta por leis penais.

Outrossim, tampouco basta o consentimento da maioria para legitimar determinada decisão política, pois num Estado Democrático determinadas decisões não podem ser aceitas nem pela maioria, sob risco de se lesionar princípios fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana.

Entender que uma lei penal irá auxiliar na queda dos índices de criminalidade é no mínimo ingênuo, pois encontra-se mais do que comprovado que o Direito Penal não possui como função pôr fim às práticas delitivas, pois jamais alcançaria tal meta, mas tão somente limitar o poder punitivo do Estado,

que, para tanto, deve atuar em função inversa ao pretendido: quanto menos Direito Penal, mais limitado estará o Estado, evitando-se com isso eventuais arbítrios por parte deste.

Ocorre que numa sociedade de risco tenta-se, cada vez mais, reprimir condutas que possuam, ainda que de forma mínima, algum potencial lesivo, prevenindo uma eventual lesão futura, que poderia ou não ocorrer. Para tanto o Estado utiliza-se de seus instrumentos penais, inflacionando-os, criminalizando cada vez mais comportamentos que não produzem qualquer lesão ou perigo concreto de lesão a qualquer bem jurídico, incidindo sua aplicação sobre as camadas mais pobres da sociedade e aumentando de forma seletiva e cruel o índice de exclusão social proporcionado pelo sistema penal, pois *“ao desviar a atenção para bodes expiatórios, ignoramos as reformas em profundidade — longe de preparar o futuro, mantém-se então, na urgência do presente, as desilusões do amanhã”*⁽³⁾.

Como se já não bastasse, a lei também traz uma série de imperfeições técnicas e nulidades que a tornam um exemplar modelo de instrumento irracional e simbólico num combate ineficaz às causas do medo, produzindo sua aplicação, de forma extremamente desproporcional, um dano muito maior ao autor do fato e à sociedade do que a lesão produzida pelo próprio crime.

A nova lei revogou, em seu art. 36, a Lei nº 9.437/97 que regulamentava o Sistema Nacional de Armas e definia os crimes relacionados à matéria. Em grande parte a nova lei tratou de forma mais severa os crimes já tipificados, descriminalizando apenas duas condutas, as quais já eram consideradas aberrações por parte da doutrina, referentes ao uso de arma de brinquedo para praticar crimes e possuir condenação anterior por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de entorpecentes, o que configurava nítido *bis in idem*, pois puniam o agente duas vezes pelo mesmo fato.

A nova lei também amplia as competências do Sinarm e comete uma omissão quando trata do registro. A Lei nº 9.437/97 ao definir como obrigatório o registro de arma de fogo no órgão competente excepcionava as armas consideradas obsoletas, o que não foi feito pela lei atual, e isso levaria ao absurdo entendimento de que estas também deveriam ser registradas. Entendemos que não, pois a lei não fazer a exceção deve-se ao fato de que a arma obsoleta não deve ser considerada como arma de fogo, exatamente por não ter mais a capacidade de efetuar disparos e, por isto, não mais possuir o potencial lesivo necessário, tornando-se uma peça de coleção ou decorativa.

O art. 6º proíbe por completo o porte de arma de fogo em todo o território nacional,

salvo nas hipóteses legais que, em sua maioria, se destinam a funcionários públicos, havendo a possibilidade de cessão do porte para particulares apenas em três casos: empresas de segurança pública, práticas desportivas e residentes de área rural que dependam da arma para manter sua subsistência alimentar.

Diferente da lei anterior, agora os crimes relacionados à guarda e ao porte encontram-se em tipos penais separados, mas ainda com núcleos variados e com aumento em suas penas, somando sete dispositivos incriminadores.

Como a intenção não é esgotar o assunto, passaremos a analisar apenas alguns pontos mais relevantes.

Uma das inovações é acrescentar às armas de fogo os acessórios e munição, de uso proibido ou restrito, como elementos objetivos de seis normas incriminadoras, sendo vedada, para citar apenas algumas das condutas proibidas, a sua posse, guarda, porte, fornecimento, transporte, entregar para criança ou adolescente, alugar, adulterar ou vender em atividade comercial e importar ou exportar.

Se o mero porte ilegal de arma já fere o princípio da lesividade, esta inovação é ainda mais gritante. Possuir ou portar apenas a munição ou um acessório não gera qualquer probabilidade ou possibilidade de dano para qualquer bem jurídico se não estiverem acompanhados da arma de fogo. Como nos ensina **Ferrajoli**: *“la necesaria lesividad del resultado, cualquiera que sea la concepción que de ella tengamos, condiciona toda justificación utilitarista del derecho penal como instrumento de tutela y constituye su principal límite axiológico externo”*⁽⁴⁾.

Também a lei não define o que são acessórios, ferindo, com isto, o princípio da legalidade, por não descrever a conduta de forma clara e precisa criando uma insegurança jurídica pela sua imprecisão por remeter à discricionariedade do intérprete o seu significado. Estaria incluído em acessórios o coldre vazio da arma ou uma alça de mira? Qual risco estes objetos apresentam para a sociedade?

O artigo 10, *caput* e seu parágrafo primeiro, da lei anterior definia uma pena de detenção de 1 a 2 anos e multa para as condutas lá tipificadas. Ocorre, que em janeiro de 2002 entrou em vigor a Lei nº 10.259 dispondo sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais Federais, trazendo um novo conceito de crime de pequeno potencial ofensivo no parágrafo único de seu artigo 2º, sendo aqueles cuja lei comina pena máxima até 2 anos, ou multa. Logo esse conceito começou a ser utilizado analogicamente pela doutrina e pela jurisprudência nos crimes de competência da Justiça Estadual, ampliando a aplicação do procedimento dos Juizados Criminais Estaduais, cuja Lei nº 9.099/95 restringia conceito ao crime com pena só até 1 ano.

Com isto, os crimes previstos nos artigos ➡

→ mencionados da Lei nº 9.437/97 começaram a ser julgados pelos Juizados Especiais Criminais. Todavia, com a nova lei, todos os tipos penais, ressaltando o crime omissivo previsto no art. 13, possuem pena máxima igual ou maior que três anos, impossibilitando a aplicação do procedimento dos Juizados Especiais.

Outra inovação inverossímil se refere aos crimes dos artigos 14 e 15 que passaram a ser inafiançáveis e os dos artigos 16, 17 e 18 que são insuscetíveis de liberdade provisória. Num ordenamento jurídico onde a liberdade é a regra, tais dispositivos encontram-se em total afronta às garantias constitucionais da presunção de inocência previstas nos incisos LIV e LVII da nossa Carta maior, onde a prisão cautelar faz-se necessária, tão somente, em casos excepcionais, como aqueles previstos no parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, além de se verificar que as penas máximas destes crimes variam entre 4, 6 e 8 anos, o que nos leva a concluir que na hipótese de uma eventual condenação, não havendo reincidência, o regime inicial mais grave a ser aplicado seria o semi-aberto nas hipóteses dos artigos 16, 17 e 18, enquanto que na dos artigos 14 e 15 seria regime aberto, por força do § 2º do artigo 33 do Código Penal. Assim, seria irracional privar totalmente de liberdade um indivíduo que responde a um processo criminal, quando sabe-se que numa eventual condenação sua liberdade seria apenas limitada pela pena.

Para encerrar, ainda no que tange às penas cominadas na nova lei, deve-se notar as inúmeras lesões ao princípio da proporcionalidade previsto no inciso XLVI do artigo 5º da Constituição Federal. Decorre deste princípio que a drasticidade de uma pena deve guardar relação com a gravidade do crime praticado. Porém, não é isto que se observa. Vejamos como exemplo o artigo 15 da lei que traz o crime de disparo em local habitado ou em via pública com uma pena de reclusão de dois a quatro anos e multa se

não se tratar de crime mais grave, ou seja, uma norma declaradamente subsidiária. Caso o agente deseje matar alguém e efetua o disparo na direção deste e erra, não consumando o crime por um fato alheio a sua vontade, responderá por tentativa de homicídio, onde irá se aplicar a pena do crime consumado, 6 a 20 anos de reclusão, diminuída de um a dois terços, por força do parágrafo único do artigo 14 do Código Penal. Se pegarmos a pena de seis anos e diminuirmos 2/3 teremos 2 anos, pena mínima prevista para o crime do artigo 15. Desta forma, considerando ainda que o crime do artigo 15 é inafiançável, pode-se concluir que efetuar um disparo para o alto é tanto ou até mais grave que efetuar um disparo na direção de uma pessoa na intenção de matá-lo, o que é, no mínimo, desproporcional.

Enquanto não houver um debate sério, consistente, sem influências emotivas proporcionadas por fatos isolados, enquanto não houver um poder público presente e atuante na solução das mazelas do povo, enquanto ainda se achar que legislações simbólicas e repressivas irão livrar-nos de práticas criminosas, continuaremos a ter uma sociedade excluída e um sistema penal seletivo, com armas na mão, mas sem qualquer idéia na cabeça. ●

Notas

- (1) **ZAFFARONI, Eugenio Raúl.** *Política y Dogmática Jurídica Penal*. México: Inacipe, 2002.
- (2) **CANOTILHO, J.J. Gomes.** *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.
- (3) **OST, François.** *O Tempo do Direito*. Bobadela: Instituto Piaget, 1999.
- (4) **FERRAJOLI, Luigi.** *Derecho y Razon: Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, 2001.

Luciano Filizola da Silva

Advogado, mestre em Criminologia e Direito Penal pela Universidade Cândido Mendes e professor de Direito Penal e Criminologia da Universidade Estácio de Sá

Luciano Filizola da Silva



IBCCRIM

**INSTITUTO BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
- IBCCRIM -
(FUNDADO EM 14.10.92)**

DIRETORIA DA GESTÃO 2003/2004

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE:

Marco Antonio Rodrigues Nahum

1º VICE-PRESIDENTE:

Maurício Zanoide de Moraes

2º VICE-PRESIDENTE:

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

1º SECRETÁRIO:

Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior

2º SECRETÁRIO:

Sérgio Mazina Martins

1º TESOUREIRO:

Ivan Martins Motta

2º TESOUREIRO:

Benedito Roberto Garcia Pozzer

COORDENADORES-CHEFES:

Departamentos:

BIBLIOTECA:

Franciele Silva Cardoso

BOLETIM:

Celso Eduardo Faria Coracini

CURSOS:

Juliana Sinhorini Nahum

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

INTERNET:

Heloísa Estellita

RELAÇÕES INTERNACIONAIS:

Tatiana Viggiani Bicudo

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS:

Theodomiro Dias Neto

INICIAÇÃO CIENTÍFICA:

Marta Cristina Cury Saad Gimenes

PÓS-GRADUAÇÃO:

Alvino Augusto de Sá

REDES INTERNACIONAIS:

Flavia D' Urso

NÚCLEO DE PESQUISAS:

Alessandra Teixeira

COMISSÕES ESPECIAIS:

CONVÊNIOS: Mariângela Lopes Neistein

ESTUDOS E DEBATES: Mariângela

Gama de Magalhães Gomes

HISTÓRIA: Tadeu Antonio Dix Silva

MONOGRAFIAS: Carmen Sílvia de Moraes Barros

SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Theodomiro Dias Neto

COORDENADORES ESTADUAIS:

Veja relação à página 17.

REFORMA DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL – IBCCRIM E APAMAGIS

18/05 – dr. Carlos Fonseca Monnerat e dr. René Ariel Dotti

19/05 – dra. Alessandra Teixeira, dr. Alvino Augusto de Sá e dr. Andrei Koerner

20/05 – dra. Carmen Sílvia de Moraes Barros, dra. Maria Thereza Rocha de Assis Moura e dra. Tatiana Viggiani Bicudo

Horário: 18h30min

Local: Plenário 10 do Fórum Ministro Mário Guimarães – Av. Dr. Abraão Ribeiro nº 313 – Barra Funda, São Paulo-SP

Inscrições:

Os magistrados de São Paulo poderão se inscrever, para as vagas já reservadas pela APAMAGIS, na sua Sede e pelo Setor de Atendimento aos Associados.

Sócios do IBCCRIM: R\$ 20,00 — **Não sócios do IBCCRIM:** R\$ 40,00

O conteúdo programático está disponível em nosso site: www.ibccrim.org.br
Informações pelo telefone (11) 3105-4607 r. 144 ou pelo e-mail: eventos@ibccrim.org.br

A PENA DO HOMICÍDIO PRIVILEGIADO-QUALIFICADO – UMA LEITURA GARANTISTA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Fábio Trad

Fábio Trad

“Ele, o pai, chega em casa e encontra a filha desfaçada. Minutos antes, foi estuprada. Trauma e dor. Após ter internado a filha em hospital perto de sua casa, o pai se dirige a um bar para comprar cigarros e encontra-se com o estuprador. Nefasta coincidência. Emocionado, violentamente emocionado, mata o agressor da filha com uma punhalada pelas costas. O pai é preso em flagrante.”

Certo, o homicídio privilegiado é compatível com as qualificadoras objetivas, ressaltando respeitável corrente doutrinária oposta⁽¹⁾. Aqui, homicídio privilegiado (relevante valor moral ou violenta emoção logo em seguida a injusta provocação da vítima) com a qualificadora de recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa da vítima.

A subsunção não é problemática, pois fácil fazê-la invocando o art. 121 §1º, c/c § 2º, IV, do Código Penal.

Tormentosa, isto sim, é a questão da pena a ser fixada. Aqui, a razão deste despretenso artigo.

Qual seria a pena justa a ser declarada em face do pai que mata, pelas costas, o estuprador da filha, horas depois da violência sexual?

Apartando-se das vicissitudes naturais do Tribunal do Júri, instância democrática que julga de acordo com critérios subjetivos de Justiça, por isso que refratários às injunções da técnica e da dogmática penal, convém ponderar a respeito da orientação da doutrina sobre o tema.

Alguns penalistas⁽²⁾ sustentam que a pena deve começar pela pena-base correspondente ao homicídio qualificado — 12 anos — e, supondo ausentes agravantes e atenuantes, venha a ser reduzida pela causa especial de diminuição da pena que varia de 1/6 a 1/3, resultando, pois, em uma pena de 8 a 10 anos de reclusão.

Divirjo, todavia, desta orientação.

Explico: há três espécies normativas de homicídio:

- a) homicídio privilegiado (4 a 5 anos de reclusão, pressupondo a pena-base no mínimo legal de 6 anos)
- b) simples (6 a 20 anos de reclusão)
- c) qualificado (12 a 30 anos de reclusão).

Não vejo razão para quantificar a pena do homicídio privilegiado-qualificado entre o homicídio simples e o qualificado como preconiza a maioria dos doutrinadores. Parece-me exagerada a resposta punitiva.

Entre a forma da execução e o conteúdo do motivo, este prevalece sobre aquela.

Sim, muito mais importante que a forma como se pratica o crime, é o conteúdo do motivo que impele o autor a cometê-lo. O “porquê” da infração prevalece sobre o “como”. Intuitivo: a essência se impõe diante da aparência.

Ao decidir-se pela conduta criminosa, o

motivo não é só o princípio da ação, mas também o fim dela; a forma como praticá-lo é apenas meio para a consecução do objetivo final.

A sabedoria do senso comum não se despreza: a primeira pergunta que se faz diante de alguém que matou é por que matou e não como matou.

Nelson Hungria⁽³⁾ ensina que “é no motivo que reside a significação mesma do crime”. Ora, se o motivo encarna a significação mesma do crime, conclui-se, logicamente, que a pena — consequência do crime — deve refletir seu mesmo peso e significado. Por isso, maior peso ao motivo; menor peso à forma de execução.

A corrente majoritária preconiza que no caso de homicídio privilegiado-qualificado, a pena deve se aproximar não do motivo, mas da forma de execução, que, a propósito, detém menor peso que o motivo. O erro é manifesto.

Ora, se no plano ôntico o motivo tem maior peso que a forma de execução, a pena do homicídio privilegiado-qualificado deve situar-se entre a pena do homicídio privilegiado (4 a 5 anos) e a pena do homicídio qualificado (12 a 30 anos), **aproximando-se**, porém, do fator de maior peso, no caso, o motivo (a causa subjetiva do privilégio). Deste modo, a quantidade de pena que melhor reflete a real valoração dos fatores do crime de homicídio privilegiado-qualificado é aquela que se aproxima da pena mínima do homicídio simples (6 anos de reclusão).

A ferramenta que conforma teoricamente a solução, conferindo-lhe tónus constitucional, é o princípio da proporcionalidade que, no âmbito do Direito Penal, atua como referência legitimadora do grau de intervenção punitiva estatal no âmbito do direito à liberdade.

Confirma-o o professor Antônio García-Pablos de Molina⁽⁴⁾ ao ensinar que o princípio da proporcionalidade refuta “o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade)”.

Luiz Luisi⁽⁵⁾, na mesma direção, afirma que “a privação e a restrição dos direitos mencionados na norma constitucional acima referida, além de só poder ser legítima quando constitui o meio necessário para efetiva proteção de um determinado bem jurídico, há de ser também proporcional a importância

do bem, a gravidade da ofensa e a intensidade da culpabilidade do agente. O princípio em causa está presente na norma penal incriminadora ao fixar in abstracto a medida da pena. E depois se faz presente no momento da aplicação, em que é fundamental, ao lado da intensidade objetiva da ofensa, a maior ou menor culpabilidade com que se houve o agente”.

Orbitando a pena do homicídio privilegiado-qualificado no patamar de 6 (seis) anos de reclusão para aquele que — impellido por motivo de relevante moral ou dominado por violenta emoção logo após injusta provocação da vítima — ataca fatalmente a vítima pelas costas traduz, se não a exata medida, ao menos aquela que mais se ajusta à razão de proporção que permeia a relação crime e pena.

Neste patamar quantitativo (6 anos), o juiz recoloca em seus devidos lugares os fatores relevantes do crime, priorizando os de maior peso (motivos) em detrimento daqueles que, embora importantes, não alcançam o mesmo *status* valorativo ostentado pelo aspecto subjetivo relacionado ao motivo do homicídio, sem olvidar-se do fato de que, assim o fazendo, a Justiça Criminal estará constitucionalizando o Direito Penal na parte mais dramática da atuação jurisdicional: a fixação da pena. ●

Notas

- (1) NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, vol. 2, 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 29.
- (2) CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*, v. 2, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 42.
- (3) HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleño Cláudio. *Comentários ao Código Penal*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, vol. V, pp. 122-4.
- (4) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal - Introducción*, Madrid: Universidade Complutense, 1995, p. 289, *apud* LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. “O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal Econômico”, in *Temas de Direito Penal Econômico*, (org. por Roberto Podval), São Paulo: RT, 2000.
- (5) LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*, 2ª ed., Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 184.

Fábio Trad

Advogado criminalista, professor de Direito Penal do Instituto Meritum – Mato Grosso do Sul e Universidade Católica Dom Bosco – MS, mestrando em Direito e Economia – Direito Penal Econômico (UGF/RJ), coordenador do IBCCRIM em Mato Grosso do Sul e membro do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal

A PROPÓSITO DA PEDOFILIA

Paulo Queiroz

Imagine-se a seguinte situação: uma gata recém-parida amamenta seus filhotes, acariciando-os e lambendo-os por todo o corpo. Algo absolutamente *natural* e que contemplamos, por isso, com toda *naturalidade*. Não a censuramos por coisa alguma; ao contrário, achamos bonito o carinho e a proteção dispensados aos filhotes. No mundo animal, sequer censuramos a ovelha que enjeita sua cria.

Suponha, agora, que esse animal já não seja uma gata ou qualquer outro animal dito *irracional*, mas uma mulher, chamemos Lourdes, que concebeu e gerou uma bela menina, chamemos Lourdinha, de dois anos: ela a acaricia e lhe lambe as costas, os braços e o órgão genital. Prescindindo-se da questão do dolo, pois o enfoque dogmático nos é, aqui, secundário, fato é que o que achávamos *natural*, normal, passamos a achar “anormal”, “antinatural”, “doentio” e até “criminoso”.

Desgraçadamente, Lourdes e Lourdinha (os nomes foram alterados) não são personagens fictícios, mas reais. Lourdes, flagrada por sua vizinha, que avisou a polícia, foi presa em “flagrante delito”; submetida a julgamento, foi condenada por “crime hediondo” (atentado violento ao pudor) a cumprir pena de 7 anos e 6 meses de reclusão. Prestes a sair por meio de livramento condicional, foi novamente flagrada, no interior do próprio presídio, com droga ilícita, sendo autuada por tráfico, motivo pelo qual, reincidente, deverá ser (possivelmente) condenada a mais 3 ou 4 anos de reclusão. Não é de surpreender a reincidência: quem é tratado como homem responde como homem; tratado como animal, responde como animal. Interessante: tivesse essa história se passado numa família de classe média ou alta, outro seria o desfecho; certamente, a família submeteria Lourdes a tratamento psicológico/psiquiátrico, a sessões de análise ou semelhante, e, no máximo, lhe tiraria, provisória ou definitivamente, a guarda da criança. Assim, não haveria polícia, nem crime, nem pena, nem prisão, tudo não passaria de um “problema de família” e resolvido em família. Definitivamente, o direito penal é coisa de pobres, de miseráveis.

Eis, pois, o seguinte paradoxo: a criatura humana quando age segundo seus instintos naturais age, com frequência, incorretamente, mesmo que a proibição recaia sobre o objeto do desejo (Freud). Então, o que seria natural passa a ser antinatural, paradoxalmente. Mais: quem assim o faz, isto é, age conforme a natureza, mas desconforme as regras sociais, pode responder por crime, inclusive, e chamado, entre outras coisas, de “pedófilo”,

de “monstro”, de “criminoso”, etc. O crime é parte da construção social da realidade e, claro, esta construção social da realidade é discriminatória e arbitrariamente seletiva, e atua (grandemente) segundo a lógica funcional do modelo capitalista de produção e de acordo com os estereótipos criados pelos meios massivos de comunicação.

Dito de modo diverso: Lourdes é portadora de um *déficit* de socialização: agiu como animal quando deveria agir como não-animal, como homem, enfim. Aliás, o déficit de socialização de Lourdes fica evidente pela leitura de seu exame criminológico, que a diagnosticou como: *“personalidade primitiva, com nível mental baixo e conseqüente imaturidade intelectual e afetiva, que motivam os comportamentos regressivos que emite e que demonstram a dificuldade de adaptação ao meio social. Evidencia baixo nível de tolerância às frustrações, às quais reage com atitudes oposicionistas e agressivas, manifestadas através de descargas emocionais intensas, que refletem a dificuldade de controle sobre os impulsos. Em conseqüência, o processo de inter-relação social torna-se difícil, sobretudo quando adota atitudes de supervalorização de si mesmo como uma forma de compensar o sentimento de inferioridade que procura dissimular”*. Numa palavra: Lourdes é um animalzinho minimamente socializado.

Mas veja: se Lourdes é uma pessoa com reconhecido *déficit* de socialização, pouco se lhe deveria exigir socialmente, afinal deve-se exigir mais de quem pode mais e se exigir menos de quem pode menos, proporcionalmente. No entanto, na prática se dá, e se deu, justamente, o contrário: exigimos e condenamos maximamente, quando mais do que castigo, Lourdes carecia de ajuda, de compreensão, do perdão e, claro, de tratamento, mas não precisaria, por certo, de crime nem de pena.

Não bastasse isso, o castigo imposto a Lourdes se revelou politicamente desastroso, pois, ao invés de “ressocializá-la” e prevenir novos “crimes”, a intervenção penal a dessocializou mais ainda, agudizando seu *déficit* de socialização e, pior, a profissionalizou na criminalidade e a afastou, definitivamente, da sua filha, e sua filha dela, cortando-lhes os laços afetivos e maternos (residuais).

E assim caminha a humanidade, segundo a “lógica” do castigo, do ódio, da exclusão... ●

Paulo Queiroz
é procurador regional
da República em Brasília

Paulo Queiroz



BOLETIM IBCCRIM
- ISSN 1676-3661 -

COORDENADOR-CHEFE:
Celso Eduardo Faria Coracini

COORDENADORES ADJUNTOS:
Carlos Alberto Pires Mendes,
Fernanda Emy Matsuda, Fernanda
Velloso Teixeira e Luis Fernando
Silveira Beraldo

**DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO,
MONTAGEM E FOTOLITO:**
Ameruso Artes Gráficas
Tel. (11) 6215-3596
Fax (11) 6591-3999
E-mail: ameruso@ameruso.com.br

IMPRESSÃO:
Ativa/M - Tel. (11) 3277-9181

“O Boletim do IBCCRIM
circula exclusivamente entre
os associados e membros
de entidades conveniadas.”

“As opiniões expressas nos
artigos publicados responsabilizam
apenas seus autores e não
representam, necessariamente, a
opinião deste Instituto.”

TIRAGEM:
15.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA:
IBCCRIM
Rua XI de Agosto, 52
2º andar - CEP 01018-010
S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3105-4607
(tronco-chave)

ATENDIMENTO DIGITAL
Seções:

Administrativo Financeiro: . 2
Comunicação e Eventos: 3
Biblioteca: 4
Diretoria / Presidência: 5
Internet: 6
Secretaria: 7
Núcleo de Pesquisas: 8
<http://www.ibccrim.org.br>
E-mail: ibccrim@ibccrim.org.br
e publicacoes@ibccrim.org.br

A PROPÓSITO DA PEDOFILIA

IX JORNADA INTERNACIONAL DE DIREITO – GRAMADO/RS

A Humanas Empreendimentos realizará, nos dias 21 e 22 de maio, a IX Jornada Internacional de Direito, em Gramado-RS.

Promoção: Centro Acadêmico Maurício Cardoso - PUC-RS

Informações e inscrições pelos telefones (51) 3211-6437 e (51) 3211-6426 ou pelo site: www.camc.org.br/jornada

Em dezembro a Lei nº 10.792/03, que no apagar das luzes de 2003 trouxe o desumano e inconstitucional Regime Disciplinar Diferenciado⁽¹⁾, também trouxe modificações ao interrogatório. A lei, neste ponto, trouxe alguns avanços. O Código passou a ser incisivo em relação à garantia de consulta ao advogado antes do interrogatório e o art. 185 passou a exigir a presença do advogado no ato, o que garante melhor defesa. A lei criou a possibilidade do interrogatório realizar-se onde o acusado estiver preso, se garantida a segurança de todos. Isto gerou críticas à possibilidade de dar à inquirição um cunho prisional, num clima que poderia afetar a equidade que deve ter o juiz.

O artigo que determinava a advertência ao réu de que o “silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”, contrariava a Constituição e já era letra morta para a grande maioria dos juízes e foi, finalmente, corrigido. Outra modificação permitiu às partes realizarem perguntas no interrogatório, o que veio em favor do advogado de defesa que, muitas vezes, poderia ver seu cliente esquecer detalhes em seu favor, por nervosismo.

O que deseja verificar este estudo é se a modificação foi só para o procedimento judicial, ou também ocorreu no inquérito policial. O que se defende é que tal modificação também ocorreu no inquérito, e assim é obrigatória a presença do advogado para o depoimento na polícia. Não ocorrendo haverá nulidade nas declarações, sendo a prova ilícita e devendo ser desentranhada dos autos.

No capítulo III do livro I do Código de Processo, o art. 185⁽²⁾ não fazia qualquer menção a advogado. Era usual o interrogatório se realizar, até em juízo, sem a presença do advogado. E a última pergunta do juiz era se havia defesa. Muitos juízes, inclusive em um ato quase metafísico, achavam que na troca de olhares, na busca da verdade real carregada de preconceitos positivistas, poderiam retirar do réu o sinal de culpa, ou revelador da inocência.

Inúmeros criminalistas de peso já vinham defendendo a presença do advogado e a possibilidade de perguntas⁽³⁾ no momento do interrogatório. A nova redação do art. 185 afirma que o acusado será “(...) interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado (...)”. No parágrafo 2º, ainda acrescenta que “(...) Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor (...)”.

A nova lei, no entanto, não modificou o art. 6º do mesmo Código que, quando se refere a interrogatório do investigado, determina que a autoridade policial deve “(.) V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no **Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo**

termo ser assinado por 2 (duas) testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura (...)”.

O professor **Tourinho Filho** comenta que “(...) Como acentua o inc. V do art. 6º do CPP, deverá a autoridade policial observar o disposto no Capítulo III do Título VII do Livro I, isto é, os arts. 185 e s. do CPP. Com tal expressão, quer o legislador dizer que o interrogatório do indiciado deverá ser realizado dentro daquelas mesmas normas e garantias que norteiam o interrogatório levado a efeito pela Autoridade Judiciária (...)”⁽⁴⁾.

Ary Franco afirmava que basta “(...) uma inspeção, por mais ligeira que seja, das leis do processo penal vigente, revela desde logo, a par de lastimável atraso, uma evidente inadaptação às condições atuais de nossa vida social. Diga-se a verdade por inteiro e com coragem: à apuração da responsabilidade criminal não se procede, ainda hoje, em juízo, mas perante a polícia. Esta, ao invés de se limitar às funções de investigação e manutenção da ordem, forma o conteúdo do processo e, antecipando-se às autoridades judiciárias, pratica atos inequivocadamente processuais, tais, por exemplo, as declarações do acusado e o depoimento das testemunhas, que toma por escrito. É o que se chama ‘inquérito’, ou seja, a peça donde o Ministério Público, raramente colaborador de sua feitura, extrai os elementos para a denúncia, escolhe a dedo o rol das testemunhas de acusação e colhe a indicação das demais provas, inicialmente constituídas, todas elas, pelo espírito obliterado, que a prática de ofício determina, da autoridade policial respectiva (...)”⁽⁵⁾.

Acrescenta o mesmo autor que o depoimento no momento do inquérito, da forma anterior, sem defesa, faz com que “o acusado, por sua vez, obrigado a se socorrer de meios de defesa naturalmente aleatórios, corre, sem maior perigo, o risco das surpresas judiciárias (...)”⁽⁶⁾. Este risco é minimizado na medida que o investigado tenha auxílio técnico anterior ao depoimento.

Hélio Tornaghi comenta que “(...) também o indiciado tem que ser ouvido, devendo observar-se, no que for aplicável, as regras para o interrogatório do acusado, isto é, para o interrogatório em juízo, que são as seguintes, contidas nos arts. 185 e 186 do Código (...). Não havia necessidade de remissão expressa, pois o artigo 3º enseja aplicação analógica. Analogia tanto mais perfeita quanto mais certo que o interrogatório é, no sistema do Código, meio de prova, mesmo em juízo. O interrogatório é, pois formal. Não pode ser feito de qualquer forma, mas na forma da lei (...)”⁽⁷⁾.

Portanto, conclui-se que todos os depoimentos realizados a partir de 2 de dezembro de 2003 necessariamente, para sua validade, deverão ter sido precedidos de consulta prévia do investigado a um profissional, que deverá estar presente no momento da assentada. Não tendo sido realizado na forma da lei nova, o interrogatório policial é ilícito e

por isso deve ser, a pedido da defesa, desentranhado dos autos⁽⁸⁾.

Não será por inteiro nulo o flagrante que independe do depoimento do investigado, bastando haver a flagrância na forma do 302 CPP e, havendo duas testemunhas, “(...) que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade (...)”, mesmo porque o art. 304, § 3º, do CPP prevê que, quando o “(...) acusado se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o auto de prisão em flagrante será assinado por duas testemunhas, que lhe tenham ouvido a leitura na presença do acusado, do condutor e das testemunhas (...)”.

Será nulo exclusivamente o depoimento, o qual, na impossibilidade de ser desentranhado, deverá ser riscado de preto, de forma a não ser lido. Será, igualmente, ilegal o depoimento se o investigado tiver optado pela garantia constitucional de permanecer calado, sem a consulta prévia que a lei garante. Isto porque o depoimento pode ser elemento de defesa e o investigado pode estar perdendo uma oportunidade de fazer prova em seu benefício. É público que muitas vezes os policiais incentivam “a garantia do silêncio”, ou resolvem travestir-se de conselheiros dos investigados.

O inquérito, apesar das respeitadas opiniões de que após a Constituição deve ser contraditório⁽⁹⁾, continuará sendo inquisitorial. Nada mudou no inquérito, exceto o interrogatório. O Ministério Público, que é vedado a investigar e participar diretamente dos atos de investigação⁽¹⁰⁾, agora poderá estar presente exclusivamente no momento do interrogatório do investigado, para, assim como a defesa, produzir perguntas.

Não há obrigatoriedade da presença do promotor, mas a lei nova permite a participação dele. Não haverá nulidade na falta do promotor, pelo princípio de que não existe nulidade sem prejuízo, que só existe, no caso, para defesa, pois o interrogatório pode se repetir a qualquer momento.

Conclui-se, portanto, que, apesar do inquérito não ter mudado, de ser possível flagrante sem depoimento/interrogatório do investigado, são nulos e ilícitos todos os interrogatórios em fase policial sem a presença do advogado e sem consulta prévia deste pelo investigado, devendo ser desentranhados dos autos, ou inutilizados, a pedido da defesa. ●

Notas

- (1) **PRADO, Geraldo**. “Movimento Antiterror”, *Edição Especial Boletim IBCCRIM*, out./2003, nº 131, ano 11, p. 4; **TOSCHI, Aline Seabra**. “Regime Disciplinar Diferenciado: Legislação Antinômica”, *Boletim IBCCRIM*, ago./2003, nº 129, ano 11, p. 4; **FRANCO, Alberto Silva**. “Meia Illegalidade”, *Boletim IBCCRIM*, fev./2003, nº 123, ano 11, p. 2; **WEIS, Carlos**. “ORDD e a Lei”, *Boletim IBCCRIM*, fev./2003, nº 123, ano 11, p. 9.
- (2) Art. 185. “O acusado, que for preso, ou comparecer, espontaneamente ou em virtude de intima-

- ção, perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado!”.
- (3) **DOTTI, René Ariel**. “Sobre as Virtudes da Tolerância, da Paciência e da Perseverança”. Associação dos Advogados de São Paulo, *Revista do Advogado*, São Paulo, n° 72, ano XXIII, p. 35; e **FRAGOSO, Christiano**. “O advogado no Interrogatório”. *Boletim IBCCRIM*, nov./2003, n° 132, ano 11, p. 4.
- (4) **TOURINHO FILHO, Fernando da Costa**. *Processo Penal*, vol. 1, 22ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Ed. Saraiva, 2000, p. 247; ver **MARQUES, José Frederico**. *Elemento de Direito Processual Penal*, 1ª ed., Campinas: Ed. Bookseller, 1998, p. 301.
- (5) **FRANCO, Ary Azevedo**. *Código de Processo*

- Penal*, vol. I, 6ª ed., rev. e aum., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1956, pp. 66-67.
- (6) ————. *Op. cit.*, p. 68.
- (7) **TORNAGI, Helio**. *Comentários ao Código de Processo Penal*, vol. I, tomo I, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1956, pp. 158/159.
- (8) Ver **GOMES FILHO, Antonio Magalhães**. *Direito à Prova do Processo Penal*, Rio de Janeiro: Ed. RT, 1997, p. 108, e Supremo Tribunal Federal. Rel. min. **Sepúlveda Pertence**, 1ª Turma, HC n° 90.949-9, DJU 14.12.2001.
- (9) **GRINOVER, Ada Pellegrini**. *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- (10) **FILHO, Evaristo de Moraes**. “O Ministério

Público e o Inquérito Policial”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, jul-set./1977, pp. 105-110; e HC n° 80.949-9, STF, rel. min. **Sepúlveda Pertence**, 1ª Turma, DJU 30.10.2001; STF, rel. min. **Nelson Jobim**, 2ª Turma, RHC n° 81.326-7, DJU 06.05.2003.

Fernando Augusto Henriques Fernandes
Mestre em Criminologia, Direito e Processo Penal – UCAM/RJ, especialista em Advocacia Criminal – UCAM/RJ, MBA, Direito da Economia e da Empresa – FGV, advogado, professor de Direito Penal e Penal Econômico da Universidade Cândido Mendes e diretor secretário do Grupo Brasileiro do AIDP

UM POUCO DE LUZ NO PROCESSO DE REORDENAMENTO DA FEBEM

Roberto da Silva

Dentro da estratégia de reordenamento da Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor (Febem), nem todas as ações a serem desenvolvidas estão diretamente relacionadas com a disciplina e o comportamento de seus internos e internas, que têm pontuado as sucessivas rebeliões que ocorrem nas suas unidades.

A Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo e o Arquivo do Estado se uniram à Febem para um projeto inédito: recuperar os arquivos de prontuários relativos às crianças órfãs e abandonadas que desde o início do século até 1990 foram colocadas sob a custódia do Estado: são quase cem anos de história das práticas de abrigamento no Estado de São Paulo, dos quais o sistema Febem e suas diversas alterações respondem por trinta e um anos.

A Febem de hoje é herdeira de uma cultura de abrigamento que tem seus fundamentos em uma legislação que começa com as Ordenações Filipinas (1643-1916), se acumula com o Código Criminal do Império (1832-1940), inova com o Código de Menores de 1927 e se consolida com o Código de Menores de 1979, cuja vigência se deu até a aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990. Nesse interregno, a Lei do Ventre Livre, a Lei Áurea e a Política Nacional do Bem-Estar do Menor, promulgada pelo regime militar, são eventos que marcam profundamente as práticas de atendimento a crianças e adolescentes, consolidando uma cultura que hoje é nacional e internacionalmente conhecida sob o rótulo de “febem”.

O acervo de prontuários a ser estudado, recuperado e preservado possui em torno de 300 mil prontuários. Sua análise preliminar por uma equipe multidisciplinar da USP indica ter a cultura da “menorização” se consolidado ao longo de 45 diferentes períodos governamentais. O estudo sistemático dos prontuários indica a possibilidade de: i) reconstituição de toda a “legislação menorista”

adotada e instituída no Brasil; ii) reconstituição de toda a história do “serviço social de menores”; iii) estudo das práticas de reintegração sociofamiliar; iv) estudo das práticas pedagógicas aplicadas aos abrigos; v) estudo dos métodos de verificação de idade; vi) estudo dos testes psicológicos; vii) dimensionamento das adoções nacionais e estrangeiras; viii) identificação das entidades de abrigo nos últimos cem anos; ix) identificação do destino de crianças abrigadas, e x) estudo dos tratamentos aplicados a autores de atos infracionais.

O estudo destas dez linhas de pesquisas será feito por uma equipe de estagiários, bolsistas de iniciação científica, mestrands e doutorandos, sob a coordenação do professor dr. **Roberto da Silva**, professor da Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo. Após os estudos preliminares, as informações e dados dos prontuários serão escaneadas e digitalizadas para armazenamento em um banco de dados que possibilite a pesquisa e a consulta por parte de pesquisadores e pessoas diretamente interessadas. A recuperação e preservação do acervo físico será feita por equipe do Arquivo do Estado, utilizando-se de metodologia elaborada para o Sistema de Arquivos do Estado de São Paulo (SAESP) pela professora **Ana Maria de Almeida Camargo da FFLCH/USP**, com a assessoria das professoras **Heloísa Liberali Bellotto** e **Johanna Wilhelmina Smit**. Trabalho semelhante e com o uso da mesma metodologia está sendo concluído por outra equipe da USP, sob coordenação da professora dra. **Tucci Carneiro**, que recupera os arquivos do antigo Departamento de Ordem Social e Política (DEOPS).

Trabalhos dessa natureza, todos financiados pela Fundação de Amparo à Pesquisa no Estado de São Paulo, são importantes do ponto de vista da preservação da memória histórica das instituições, mas sua importância mais fundamental consiste em revelar à sociedade parte da história

que, na maioria das vezes, é desconhecida até mesmo por seus próprios protagonistas, como é o caso de crianças órfãs e abandonadas.

A parceria entre USP, Arquivo de Estado e Febem tem ainda outro propósito, que é o de tentar sistematizar o imenso saber produzido em função das práticas de abrigamento, de tratamento de crianças órfãs, abandonadas, adotivas, com necessidades especiais, com distúrbios de comportamento ou acusadas da prática de atos infracionais. Esse conjunto de saberes é hoje imprescindível para fundamentar e orientar o trabalho de professores nas escolas públicas, de instituições, técnicos e profissionais que atuam em organizações não-governamentais, de famílias que recebem crianças em adoção e mesmo de famílias que enfrentam dificuldades na educação de seus próprios filhos.

Um serviço que recebeu, abrigou e registrou os dados de aproximadamente 600 mil crianças ao longo de cem anos, entre órfãos, carentes, abandonados e autores de atos infracionais pode e deve dar uma contribuição expressiva à sociedade no trato das questões relativas à infância e à juventude, e isso só será possível se for assumida a atitude, ainda que tardia, de estudar, organizar e sistematizar os conhecimentos produzidos e de torná-los públicos para discussão da sociedade, das instituições acadêmicas e científicas.

Do ponto de vista interno, essa parceria dotará a Febem de um moderno sistema de gestão de documentos, com recursos humanos qualificados, inclusive para gerenciar a documentação e prontuários dos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas, dando mais agilidade e transparência na tramitação dos procedimentos. ●

Roberto da Silva

Professor da Faculdade de Educação da USP, produziu e orientou dissertações e teses sobre a Febem

A discussão em torno dos poderes investigatórios do Ministério Público assumiu proporções extraordinárias nos mais variados espaços: nos juízos e tribunais, nos cursos de Direito, nas entidades corporativas, nas academias jurídicas, na imprensa e, obviamente, entre os profissionais que atuam nas causas criminais. A literatura nacional já é copiosa e o confronto das idéias e conclusões é interminável.

Em conferência publicada no ano de 1986 (*O Ministério Público e a Polícia Judiciária – Relações formais e desconcontros materiais*), afirmei que “o sistema adotado em nosso País deixa muito a desejar quanto à eficácia e agilidade das investigações. E o maior obstáculo para alcançar estes objetivos decorre da falta de maior integração não somente das categorias funcionais da Polícia Judiciária e do Ministério Público como também de seus integrantes. Observe-se, lamentavelmente e em muitas circunstâncias, a existência de um **processo de rejeição** que parece ser genético”⁽¹⁾.

Passados os anos, mantenho a observação. Salvo exceções, como na ação conjunta da Polícia e do Ministério Público nas missões chamadas de *força-tarefa* ou nas atividades de órgãos integrados como as promotorias de investigação criminal (PICs), os casos rotineiros ainda mostram o descompasso de atuação dos agentes públicos. O expediente corriqueiro da baixa dos autos para novas diligências é um dos fatores concorrentes da prescrição. O formalismo e a burocracia na colheita da prova indiciária são outros.

É necessária e urgente a reformulação do inquérito policial. Essa é a tônica do Projeto de Lei nº 4.209/2001, elaborado por comissão coordenada pela professora **Ada Pellegrini Grinover** e caracterizado pela transparência, desburocratização e celeridade. Em relação aos crimes contra o sistema financeiro nacional, a ordem tributária ou econômica, o projeto consagra a orientação já adotada na prática da dispensa do inquérito policial. A autoridade administrativa remete diretamente ao Ministério Público o material colhido (art. 23).

O projeto estabelece a estrita vinculação das diligências policiais ao objetivo da acusação a ser proposta. Com efeito, dispõe o art. 7º: “Os elementos informativos da investigação deverão ser colhidos na medida estritamente necessária à formação do convencimento do Ministério Público ou do querelante sobre a viabilidade da acusação, bem como a efetividade de medidas cautelares (...)”.

Fica eliminada a *concorrência de apuração* ou a *investigação paralela* que é fonte material de insegurança e injustiça.

Acredito que para *decifrar a esfinge* da investigação criminal, algumas coordenadas do pensamento são inevitáveis. Adotando

um critério simples e direto, que traduz o exercício da Advocacia há mais de quarenta anos — na defesa de acusados e vítimas — penso que tais diretrizes podem ser assim expostas: **1º)** O desafio não se resolverá pela interpretação de textos [CF, CPP, leis federais (LC nº 75/93 e Lei nº 8.625/93) e diplomas estaduais do MP, etc.]; **2º)** A Polícia Judiciária não detém (desde o advento do CPP) o monopólio da apuração dos ilícitos penais; **3º)** O procedimento preparatório da ação penal deverá designar-se inquérito *criminal* em oposição ao inquérito *civil*, assim nominado pela Constituição (art. 129, III) e pela Lei nº 7.347/85 (ação civil pública, art. 8º, § 1º); **4º)** O inquérito criminal deve constituir um procedimento *único*, vale dizer, não se pode admitir a investigação paralela (inquérito, pela Polícia Judiciária, e Procedimento Administrativo, pelo Ministério Público); **5º)** Uma reordenação constitucional e legal é necessária para estabelecer o *concurso de funções* e superar o *conflito de atribuições* entre o MP e a Polícia Judiciária⁽²⁾; **6º)** Quando necessária a apuração inicial do crime pela Polícia Judiciária, a colheita de prova deve ser sumária com a remessa do inquérito ao Ministério Público em prazo curto; **7º)** Recebendo os autos, o MP poderá propor o arquivamento, oferecer denúncia ou prosseguir — ele mesmo — conduzindo a investigação; **8º)** Não haverá mais a baixa ou devolução de autos, rotina que alimenta a usina de prescrição; **9º)** O chamado Procedimento Administrativo Investigatório do Ministério Público (ou designação equivalente) ofende o princípio do devido processo legal porque: **a)** não há prazo de encerramento; **b)** não há controle jurisdicional; **c)** o indiciado ou suspeito não tem a faculdade de requerer diligência, em atenção ao princípio da verdade material; **d)** o sigilo do procedimento é a regra e não a exceção como prevê o CPP⁽³⁾; **e)** um procedimento administrativo formal (portaria, autuação, juntada de documentos, registro de informações, colheita de depoimentos e outros elementos de prova, etc.) para ter força cogente e suscetível de expedir notificações e intimações — inclusive para suspeitos e indiciados, determinando o comparecimento — exige a previsão legislativa para o seu funcionamento regular, em obediência aos princípios do **devido processo legal** — no plano geral (CF, art. 5º, LV) — e da **legalidade** — no plano pessoal (CF, art. 5º, II); **f)** um procedimento administrativo formal (para investigar crimes) não pode ser objeto de lei estadual, frente à regra constitucional que defere à União, em caráter privativo, a competência para legislar sobre direito processual (art. 22, I); **10º)** O aludido procedimento administrativo tem sido utili-

zado como alternativa necessária contra a burocracia, abuso de poder ou corrupção do inquérito policial e constitui um ponto de partida para a constitucionalização (e regulação ordinária) do inquérito *criminal* como procedimento único; **11º)** Uma nova concepção de Política Processual Penal deverá modificar textos constitucionais e legais para atribuir ao MP o controle da investigação, sem prejuízo do trabalho auxiliar da Polícia Judiciária; **12º)** A afirmação generalizadora de que “o Ministério Público não tem poderes investigatórios” é absolutamente equivocada frente aos textos legais que atribuem ao *Parquet* a competência e autonomia para requisitar e obter elementos de prova e à própria natureza do processo penal, de feição democrática, para o qual a apuração dos crimes não é monopólio da Polícia⁽⁴⁾; **13º)** A investigação criminal é exercício do poder estatal; deve coordená-la o órgão que promove a ação penal de natureza pública⁽⁵⁾. ●

Notas

- (1) *Ministério Público, Direito e Sociedade*, Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1986, pp. 135/136.
- (2) O artigo do procurador, doutor **Rodrigo César Rebello Pinho**, “Investigação criminal e Ministério Público (*Folha de S. Paulo*)” é muito lúcido. As suas ponderações sobre as limitações funcionais dos membros da Polícia Judiciária e a necessidade de que “*interessa ao bom funcionamento da democracia que a função de investigar crimes não fique num único órgão*”, são irretocáveis.
- (3) Tanto o inquérito policial como o chamado *Procedimento Administrativo Investigatório Criminal* (ou outra designação equivalente) constituem etapas do **processo**. Sendo assim, incide a garantia constitucional no sentido de que a restrição da publicidade dos atos processuais somente poderá ocorrer, por determinação da lei, “*quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*” (art. 5º, LX).
- (4) O delegado investiga; o agente policial investiga; o escrivão de Polícia investiga; o advogado investiga; o juiz investiga; o perito investiga. Por que não o Ministério Público?
- (5) Esta coordenada está em harmonia com a conclusão de minha conferência feita no ano de 1985, antes, portanto, do advento da CF de 1988: “*Todo esse movimento poderia partir de um texto claro a ser esculpido na futura Constituição, como, por exemplo: “Ao Ministério Público compete representar o Estado, dirigir a investigação criminal e promover a ação penal, defender a legalidade democrática e os interesses que a lei determinar”*” (ob. cit., p.144. Os destaques em itálico são do original).

René Ariel Dotti

Professor titular de Direito Penal, presidente do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal e advogado

I Curso de Extensão de Ciências Criminais - Direito Penal Econômico

O IBCCRIM - Coordenadoria do MS e a ESA-MS realizaram em Campo Grande - MS, no período de 29 de abril a 1º de maio, o I Curso de Extensão de Ciências Criminais - Direito Penal Econômico, com os doutores **Beatriz Dias Rizzo**, **Luiz Carlos dos Santos Gonçalves** e **Theodomiro Dias Neto**.

TIMOR LESTE: O SOL, A NAÇÃO E A DEMOCRACIA NASCENTES

Flavia D'Urso



Flavia D'Urso

Integrei missão brasileira de prospecção para a cooperação do governo brasileiro com o Timor Leste na área da Justiça, representando a Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, a convite da Subprocuradoria-Geral da Área de Assistência Judiciária.

Sem exagero, foi uma das experiências mais fantásticas de vida.

O Timor Leste foi colônia de Portugal até 1976, quando foi invadido pela Indonésia. O domínio indonésio, levado a cabo pelo ditador Suharto, dizimou quase um quarto da população timorense que, durante os mais de 20 anos de ocupação, manteve notável resistência com forças organizadas pelo FRETILIN, Frente Revolucionária de Timor Leste Independente, partido de esquerda social-democrata.

Em 1999, um dos líderes da guerrilha, **Xanana Gusmão**, preso desde 1997, recebeu visita do então secretário de Assuntos Políticos do Itamaraty, no que foi o primeiro encontro de um representante de país lusófono com o líder timorense desde a sua segregação. A partir daí, intensificaram-se as relações do Timor com o Brasil, tendo aquele país, inclusive como administrador transitório, a **Sérgio Vieira de Mello**, que impulsionou os vínculos que firmariam a irmandade desses dois países de língua portuguesa como membros da CPLP (Comissão de Países da Língua Portuguesa).

As Forças Armadas da Indonésia, precedidas de anos de lutas sangrentas, retiraram-se do Timor no final de 1999. A libertação é proclamada e, desde o ano de 2000, o Brasil vem estabelecendo acordos de cooperação técnica com o governo timorense nas áreas de alfabetização comunitária, educação, saúde, desenvolvimento agrícola e empresarial, administração pública e formação profissional. E nessa esteira, a contribuição brasileira para a estruturação do sistema judiciário.

A missão reuniu-se com o ministro da Justiça, com a presidência do Tribunal de Recursos e Conselho Superior da Magistratura, com o procurador-geral de Justiça, com o defensor

público geral e com representantes do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD/ONU.

A forma de governo do Timor Leste é a de república parlamentarista, contando com uma Constituição Federal, cujo primeiro artigo consolida o Estado de Direito Democrático, soberano, independente e unitário, baseado na vontade popular e no respeito à dignidade humana. Os órgãos de soberania são o Presidente da República, o Parlamento Nacional, o Governo (primeiro-ministro, ministros e secretários de Estado) e os Tribunais.

São línguas oficiais o português e o tétum, o qual mescla palavras das línguas indonésia e lusitana.

O IDH do Timor Leste é o mais baixo de toda a Ásia. A renda *per capita* anual é de 478 dólares. 41% da população está abaixo da linha da pobreza e 57% são analfabetos.

O Mar do Timor, porém, tem importantes jazidas de petróleo e gás, encontrando-se hoje em discussão os mares territoriais pelos governos da Austrália, Indonésia e Timor Leste.

O sistema judicial é composto pela Magistratura, Ministério Público, Defensoria Pública e instituições relacionadas.

A Defensoria Pública não tem trato de envergadura constitucional, diferentemente das duas primeiras carreiras de Estado. Vem sendo organizada por duas ONGs: “Advogados sem Fronteiras” e IFES/USAID, de origem norte-americana. Tem vínculo administrativo e dever de prestação de contas junto ao Ministério da Justiça.

Vigora ainda leis anteriores à independência, desde que não contrariem os regulamentos da UNTAET (Administração Transitória das Nações Unidas em Timor Leste). O Código Penal, Civil e de Processo Civil são indonésios. O procedimento criminal vem regulamentado pela UNTAET.

Há apenas duas instâncias no Judiciário timorense: o Tribunal de Recursos e os Distritais. Existem vinte e três juízes, nove procura-

dores públicos e nove defensores públicos. Não há faculdade de direito e a grande parte desses operadores tem formação nas universidades da Indonésia. Os processos estão na língua bahasa-indonésio.

As peculiaridades de um país como o Timor Leste e a consolidação de um modelo legal de “Estado Democrático de Direito”, a que, como se sabe, está estreitamente relacionada a garantia de processo e julgamento justos e formais, embutem uma complexidade riquíssima e desafios.

Sucessivas ocupações não impediram o desenho da sociedade timorense. O Timor Leste mantém ainda divisões como de antigos reinos ou *raus*, subdivididos por *sucos*, que são dirigidos por *liurais*. Esses líderes comunitários resolvem a maior parte dos conflitos sociais e jurídicos: questões de família, propriedade e, inclusive, penais. Trata-se, portanto, de uma justiça popular e informal.

Essa forma de organização teve decisiva contribuição no processo político que preservou a resistência ao domínio indonésio e acabou por influir para a independência do país.

Há, por outro lado, a necessidade de incorporação legal e formal das conquistas da cidadania contemporânea.

Esse impasse não é novidade nos países em contextos de revolução e de profundas transformações sociais, como foram Moçambique, África do Sul, China e Nicarágua.

A acomodação e a estabilização da democracia no país do sol nascente dependerá da manutenção do prestígio da participação popular na resolução dos conflitos e da confiança nas instituições dos poderes implementados e legitimados pela revolução.

As trocas de experiências dos países lusófonos, em especial do Brasil, desnecessário aqui enfatizar, serão efetivamente proveitosas. ●

Flavia D'Urso

Procuradora do Estado da Assistência Judiciária Criminal de São Paulo

TIMOR LESTE: O SOL, A NAÇÃO E A DEMOCRACIA NASCENTES

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO – NOVOS ESPAÇOS DE INTERVENÇÃO JURÍDICO-PENAL

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, em parceria com a Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, está promovendo o curso de **Especialização em Direito Penal Contemporâneo – Novos Espaços de Intervenção Jurídico-Penal**.

O curso contará com um ciclo de conferências ministrado pelo professor doutor **José de Faria Costa**, da Universidade de Coimbra.

Inscrições: 7 de junho a 24 de julho de 2004

Mais informações: (51) 591-1122 ou www.unisinos.br

8º CONCURSO DE MONOGRAFIAS

Informamos aos associados que estão abertas as inscrições para o **8º Concurso de Monografias Jurídicas do IBCCRIM**.

Os trabalhos devem ser absolutamente inéditos e ter por tema, isoladas ou conjuntamente, as matérias de Direito Penal, Direito Processual Penal, Criminologia, Política Criminal e demais Ciências Sociais, desde que o assunto seja correlato.

O prazo de entrega vai até 31 de maio de 2004.

O regulamento encontra-se à disposição dos interessados no **Departamento de Publicações do IBCCRIM** (Rua Onze de Agosto, 52, 2º andar, Centro - Tel. (11) 3105-4607 Ramal 125), podendo também ser obtido pela Internet, no *site* do Instituto: www.ibccrim.org.br.

GENÉTICA E DIREITO – A QUESTÃO DAS EXPERIÊNCIAS COM EMBRIÕES HUMANOS

Helena Regina Lobo da Costa

Helena Regina Lobo da Costa

No dia 4 de março foi realizada mais uma Mesa de Estudos e Debates no Auditório do IBCCRIM, sobre o tema “*Genética e direito – a questão das experiências com embriões humanos*”. A dra. **Mayana Zatz**, professora titular de genética do departamento de biologia do Instituto de Biociências da Universidade de São Paulo, presidente da Associação Brasileira de Distrofia Muscular (Abim) e coordenadora do Centro de Estudos do Genoma Humano, e a dra. **Débora Ciocchi**, doutoranda em Direito Penal e juíza criminal, abordaram o tema sob dois relevantes enfoques, o médico-científico e o jurídico.

A dra. **Mayana Zatz** iniciou sua exposição destacando a importância da discussão sobre o tema, tendo em vista que há um projeto de Lei de Biossegurança, já aprovado na Câmara dos Deputados, que traz muitas imprecisões e precisa ser discutido e modificado antes de sua aprovação.

A seguir, passou a expor as razões pelas quais defende o uso de células-tronco em pesquisas terapêuticas, enfatizando que existem mais de 7.000 doenças genéticas conhecidas, dentre elas formas de câncer, diabetes, doenças psíquicas, mal de Alzheimer, mal de Parkinson, hipertensão, alergias, miopia e hipermetropia, que atingem aproximadamente 3% das crianças cujos pais são normais. Dentre essas doenças genéticas, existem doenças neuromusculares, como a doença de Duchenne que se manifesta em 1 de cada 3.000 nascimentos de bebês do sexo masculino e leva à progressiva distrofia muscular, causando, por volta dos 10 ou 12 anos de vida, a perda da capacidade de andar. Esta doença é devida a uma mutação genética, que leva à ausência de uma determinada proteína. Para buscar a cura ou tratamentos para a doença de Duchenne ou para outras doenças genéticas, a pesquisa com células-tronco é essencial.

As células-tronco necessárias para tais pesquisas podem ser obtidas, atualmente, em alguns tecidos humanos adultos, no cordão umbilical ou na placenta, em embriões, ou por meio da técnica de clonagem terapêutica.

As células-tronco presentes em tecidos humanos adultos, apesar de conseguirem se transformar em outros tecidos, diversos daquele de que foram retiradas, são encontradas em número muito pequeno, e seu potencial de diferenciação não é tão grande quanto o das células embrionárias. Por essas razões, é praticamente impossível desenvol-

ver pesquisas buscando a cura de doenças genéticas com a utilização de tais células.

No que tange às células-tronco presentes no cordão umbilical e na placenta: ainda há muitas discussões acerca da capacidade de diferenciação de tais células, o que inviabiliza ou ao menos reduz significativamente a possibilidade de utilização dessas células no desenvolvimento de pesquisas terapêuticas. De toda forma, sabe-se que são o melhor tratamento para leucemia e doenças hematológicas, razão pela qual deve ser incentivada a criação de bancos de cordões e placentas.

A técnica da clonagem terapêutica consiste em introduzir o núcleo de uma célula em um óvulo cujo núcleo tenha sido retirado. A grande vantagem desta técnica está em evitar a rejeição do material celular, pois as células envolvidas devem ser da mesma pessoa. Todavia, esta técnica só pode ser utilizada, atualmente, com mulheres.

A utilização de células-tronco embrionárias, por sua vez, possui uma alta capacidade de diferenciação, podendo gerar os mais de 200 tecidos do corpo humano. As pesquisas com estas células já foram provadas pela Comunidade Européia, pelo Japão e outros países e têm trazido resultados animadores na busca da cura ou de tratamentos para doenças genéticas. Muitas destas pesquisas têm se valido de embriões descartados em clínicas de fertilização, os quais depois do congelamento teriam uma baixa probabilidade de vida, ainda que implantados em útero humano.

A dra. **Mayana Zatz** enfatizou também que as técnicas utilizadas para pesquisa podem abrir caminhos para a clonagem reprodutiva, já que os processos científicos podem ser usados tanto para o bem quanto para o mal. Desta forma, é essencial a proibição da clonagem reprodutiva, por meio de uma legislação que, por outro lado, não impeça a pesquisa terapêutica.

A dra. **Débora Ciocchi**, que abordou o tema sob uma perspectiva jurídica, traçou um perfil das normas gerais que tratam do tema, dentre elas a Constituição Federal, que garante o direito à vida e à saúde, o Código Penal, que tutela a vida embrionária a partir da nidação, a Lei de Planejamento Familiar, o Código de Nuremberg, o Novo Código Civil, a Lei nº 8.974/95 (Biossegurança) e a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina. Além destes diplomas, todos em vigor, existem também diversos projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, tais como os PL nº 3.638/93, PL nº 2.855/97, PL nº 90/99 e PL nº 1.135/03.

A dra. **Débora Ciocchi** destacou que o grande problema de nossa legislação é a utilização de termos imprecisos e confusos, em alguns casos até mesmo indecifráveis. Como exemplo, mencionou o art. 13 da Lei nº 8.974/95 (Lei de Biossegurança em vigor), que prevê constituir crime “a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servirem como material biológico disponível”, com uma pena altíssima, de reclusão de seis a vinte anos. Ocorre que não há conceito de “material biológico disponível”, nem no Direito, nem na Medicina, sendo extremamente grave a criação de um tipo penal tão impreciso com uma pena tão elevada.

Nem mesmo o Cremesp — Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo — tem posição definida com relação a algumas questões atinentes à intervenção em embriões.

A seguir, foi exposto um quadro comparativo entre os projetos de lei em tramitação (PL nº 3.638/93, PL nº 2.855/97, PL nº 90/99 e PL nº 1.135/03), cuja análise resultou na constatação de que estas novas propostas não sanam as deficiências da atual legislação, bem ao contrário: introduzirão, caso aprovadas, novas imprecisões terminológicas e um excesso de normas que acaba por confundir o intérprete.

A discussão ocorrida após as exposições foi muito profícua, tendo sido abordada a questão do descarte de embriões/doação de embriões para pesquisa, tema árduo, sobre o qual não há consenso sequer no Conselho Regional de Medicina. Debateu-se também sobre a possibilidade e as implicações éticas da produção de embriões para fins de pesquisa e foi analisado o projeto de Lei de Biossegurança em trâmite no Congresso, que traz em seu bojo inúmeras imprecisões.

Indubitavelmente, a Mesa de Estudos e Debates foi muito relevante para esclarecer pontos importantes sobre a questão das experiências com embriões humanos. Cabe ao nosso legislador, agora, se ater com atenção à matéria, que é extremamente complexa, buscando atingir o equilíbrio entre proteção da vida e possibilidade de desenvolvimento da medicina terapêutica, sem se esquecer de que tanto a vida quanto a saúde são importantes componentes do conceito de dignidade humana. ●

Helena Regina Lobo da Costa

Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP e advogada

RECURSO DE APELAÇÃO-CRIME PELO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

José Maurício Pinto de Almeida



José Maurício Pinto de Almeida

No *caput* de seu art. 598 prevê o Código de Processo Penal que, “*nos crimes de competência do Tribunal do Júri, ou do juiz singular, se da sentença não for interposta apelação pelo Ministério Público no prazo legal, o ofendido ou qualquer das pessoas enumeradas do art. 31 [cônjuge, ascendente, descendente ou irmão], ainda que não se tenha habilitado como assistente, poderá interpor apelação, que não terá, porém, efeito suspensivo*”.

A legitimidade recursal do assistente reveste-se de caráter *supletivo*, não lhe sendo lícito apelar se o Ministério Público tiver interposto *apelação plena*; entretanto, se o recurso ministerial for *parcial*, o assistente de acusação pode apelar de tópico da sentença não impugnado pelo promotor de Justiça.

Divergências doutrinárias e jurisprudenciais existem sobre o *interesse* recursal do assistente frente a uma **decisão condenatória**, objetivando o agravamento **direto** ou **indireto** da pena. Pelo pleito de **agravamento direto**, visa-se unicamente a exasperação da *reprimenda*, mantendo-se a classificação atribuída pela sentença aos fatos criminosos; **no indireto**, propõe-se uma *nova classificação* (por exemplo: apelação da decisão que desclassificou o crime de tentativa de homicídio para lesões corporais)⁽¹⁾.

O centro dessa discrepância está na possibilidade ou não de interpretar-se *restritivamente* o *caput* do art. 598 do CPP.

Aos adeptos da interpretação restritiva, o assistente de acusação pode apelar somente na hipótese de a sentença, *sob o prisma da satisfação do dano*, ser-lhe prejudicial, pois a condenação garante o direito de a vítima ser indenizada (arts. 91, I, do CP e 63 do CPP). Nesse raciocínio, se o aumento *indireto* da pena interferir positivamente no ressarcimento do dano⁽²⁾, admite-se o apelo do assistente para agravar a situação do réu (caso típico do apelo da decisão que desclassifica homicídio tentado para lesões corporais⁽³⁾, se enfocado o ressarcimento do *dano puramente moral* sofrido por vítima que mentalmente recepcionou a atitude do agente como a de quem intencionava tirar-lhe a vida).

Aos infensos à interpretação restritiva do art. 598 do CPP, o assistente de acusação pode apelar também para agravar, direta e indiretamente, a pena da sentença condenatória, destacando-se nessa linha **Julio Fabbrini Mirabete**: “*Nos termos do artigo 598, na ausência de recurso do Ministério Público, o assistente pode apelar, não só pleiteando a reforma da sentença absolutória, como também para agravar a pena da sentença condenatória, não havendo possibilidade de uma interpretação restritiva desse dispositivo*” (Código de Processo Penal Interpretado, 5ª ed., São Paulo: Atlas, 1997, p. 765).

Essa tem sido a mais recente manifestação doutrinária e jurisprudencial, influenciada por modernas concepções ideológicas do processo penal e pelo real papel nele desempenhado pelo assistente de acusação, por vezes em desafio a cânones hermenêuticos⁽⁴⁾.

No registro de **Francisco de Assis do Rêgo**

Monteiro Rocha, nossa lei processual permite à vítima apresentar-se no processo penal como **coadjuvante do Ministério Público na persecução criminal**, “*considerando-se que o crime, ao tempo em que atinge a pessoa da vítima, seus bens, causa, ainda, um dano social, e vem, enfim, refletir-se além da pessoa do ofendido, atingindo seus filhos, esposa, companheira etc.*” (Curso de Direito Processual Penal, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 406).

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes posicionam-se firmemente no sentido de que “*o assistente também intervém no processo com a finalidade de cooperar com a justiça, figurando como assistente do MP ad coadjuvandum. Assim, com relação à condenação, o ofendido tem o mesmo interesse-utilidade da parte principal na justa aplicação da pena*” (Recursos no Processo Penal, 2ª ed., 2ª tir., São Paulo: RT, 1998, p. 88).

Para **Marcelo Fortes Barbosa**, “*a assistência de acusação, em nosso Direito Processual Penal, não é um mero correlativo direto do direito à reparação do dano, eis que o ofendido intervém para reforçar a acusação pública, figurando em posição secundária o interesse mediato na reparação do dano causado pelo delito*” (“Considerações sobre a natureza jurídica da assistência de acusação no processo penal brasileiro”, in JTACrSP15/36, *apud* **Julio Fabbrini Mirabete**, Processo Penal, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 348).

Na linha da inadmissibilidade de interpretar-se restritivamente o art. 598 do CPP, o Supremo Tribunal Federal já entendeu que esse dispositivo “*atribui legitimidade ao assistente de acusação para, supletivamente, na omissão do Ministério Público, interpor recurso de apelação para agravar a pena*” (RT 621/415).

Também o Superior Tribunal de Justiça se pronunciou sobre a hodierna tendência referente à atuação do assistente de acusação no processo penal:

“*O assistente também é interessado na averiguação da verdade substancial. O interesse não se restringe à aquisição de título executório para reparação de perdas e danos. O direito de recorrer, não o fazendo o Ministério Público, se dá quando a sentença absolveu o réu, ou postulou aumento da pena. A hipótese não se confunde com a justiça privada. A vítima, como o réu, tem direito a decisão justa. A pena, por seu turno, é a medida jurídica do dano social decorrente do crime*” (STJ, REsp. nº 135.549/RJ, 6ª Turma, rel. min. **Luiz Vicente Cernicchiaro**, DJU de 26.10.98, p. 168; no mesmo sentido: REsp. nº 31.881/DF, 6ª Turma, rel. min. **Adhemar Maciel**, DJU de 08.11.93, p. 23.586).

Porque tem seu foco no percurso da realidade, é de se concluir ser mais adequado ao nosso processo penal o entendimento dos que não admitem restrições ao artigo 598, *caput*, do CPP, considerando o assistente de acusação um colaborador da Justiça.

O cotidiano revela que a clientela do processo penal brasileiro é composta majoritaria-

mente — e em invulgar escala — por réus pobres, cujas condenações acabam por constituir títulos de frustrada execução, apesar do otimismo de **Tourinho Filho** de que os condenados sem recursos financeiros podem receber heranças ou acertar na loteria, e, então, “*a vítima procuraria executar a sentença condenatória*” (ob. cit., p. 106).

E, se a prática vem denotando a impossibilidade de as vítimas exercerem seu direito ao ressarcimento dos prejuízos sofridos, injusto seria impedir-lhes o direito à obtenção de decisões justas, o que também significa a busca do equilíbrio social e moral. ●

Notas

- (1) A classificação de agravamento direto e indireto da pena é abordada por **Julio Fabbrini Mirabete** in: *Processo Penal*, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 353.
- (2) Esse é o entendimento de **Tourinho Filho**. Diz ele que a apelação pelo assistente será possível somente se, da sentença, lhe advier algum prejuízo “*no campo da satisfação do dano*”. Pontifica depois: “*Desse modo, se o Juiz condenar o réu à pena mínima, a despeito de reincidente, e se o Promotor não interpuser apelação, nem por isto poderá faz-lo o assistente. Por quê? Em virtude de ter havido sentença condenatória, o direito da vítima quanto à satisfação do dano está garantido, nos termos dos arts. 91, I, do CP, e 63 do CPP. Se, com o aumento da pena, o ressarcimento do dano fosse outro, aí, sim, lícito lhe seria recorrer para agravar a situação do réu*” (Prática de Processo Penal, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 108).
- (3) Julgando recurso em sentido estrito de decisão que desclassificou a imputação do art. 121, *caput*, c/c o art. 14, II, do CP, para o art. 132 do mesmo diploma, decidiu o TJSP: “*O assistente de acusação não tem titularidade para recorrer da sentença que desclassifica a imputação, pois a mesma encerra mera adequação dos fatos à norma jurídica pertinente. O assistente de acusação é parte contingente e obrigatória na ação penal pública, em que visa a ressaltar seus interesses concernentes à indenização do dano ex delicto*” (RT 611/340), j. em 04 de agosto de 1986, rel. des. **Ângelo Gallucci**. Note-se que o julgado se deu anteriormente à admissão constitucional (Carta de 88) da indenização do dano moral, cujo valor variaria se de tentativa de homicídio se tratasse.
- (4) Essa tendência decorre, também, de estudos de Vitimologia, de há muito proclamada na Europa pela voz de **Jorge Figueiredo Dias**, que, em Strasbourg, na 16ª Conferência de Recherches Criminologiques (1984), “*chamou atenção para a necessidade de os direitos das vítimas serem ampliados no âmbito do processo penal*”, consoante **Odete Maria de Oliveira**, in: *Problemática da Vítima de Crimes — Reflexos no Sistema Jurídico Português*, 1ª ed., Lisboa: Ed. Rei dos Livros, 1994, p. 40.

José Maurício Pinto de Almeida

Juiz substituto em 2º Grau no Estado do Paraná, atualmente convocado para a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça/PR e professor da Faculdade de Direito de Curitiba e da Escola da Magistratura do Paraná

COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS NOS CRIMES DOS ARTIGOS 306 E 303, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO, E NOS CRIMES PREVISTOS NO ESTATUTO DO IDOSO

Marcelo Matias Pereira

I - Dos crimes previstos no Código de Trânsito

A Lei nº 9.503/97 em seu artigo 291, parágrafo único, determina que se apliquem as disposições contidas nos artigos 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099/95 aos crimes de lesão corporal, de embriaguez ao volante e de participação em competição não autorizada, **evidentemente no que couber**.

Esse dispositivo, entretanto, não tem o sentido e alcance de determinar que, em relação àqueles fatos delituosos, o feito deva tramitar no Juizado Especial.

Veja-se que esse dispositivo não diz que, em relação aos fatos ali arrolados (lesão culposa no trânsito, embriaguez no volante e participação em competição não autorizada), o feito deverá observar o procedimento previsto na Lei nº 9.099/95. Diz, apenas, que, em relação a tais delitos, aplicar-se-á o disposto nos artigos 74, 76 e 88 da Lei do Juizado Especial.

O primeiro versa sobre a conciliação, o segundo sobre a transação e o último sobre a necessidade de representação em se tratando de lesões leves e culposas. Ora, ao referir a aplicação desses princípios — conciliação, transação e representação, não se está prescrevendo a aplicação pura e simples da Lei nº 9.099/95, mas tão-somente parte do procedimento ou *iter* constante naquela lei.

Tanto é verdade que o próprio *caput* do artigo 291 refere que, em relação aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, “*aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, bem como a Lei nº 9.099, de 26.09.1995, no que couber*”. Ora, a expressão “no que couber” se refere, naturalmente, aos princípios constantes no parágrafo único daquele artigo.

Vale dizer, embora a lesão corporal culposa no trânsito devesse tramitar na justiça comum, antes do advento da Lei nº 10.259/01 (*caput* do artigo 291 — que manda aplicar o Código Penal e Código de Processo), este crime, assim como os outros dois (embriaguez no volante e participação em competição não autorizada), deverá, no juízo comum, se valer de princípios da Lei nº 9.099/95, utilizando-se, portanto, de parte do procedimento previsto naquela lei especial.

É de se registrar, por fim, que é regra de hermenêutica no sentido de que o *caput* e o parágrafo único do dispositivo da lei que se está a apreciar devem ser interpretados de forma conjunta, não podendo se concluir com base em apreciação isolada, sob pena de se realizar exegese equivocada.

Resta claro que aplicáveis são os artigos 74, 76 e 88, do referido diploma legislativo, à lesão corporal.

Já no que concerne aos crimes de embriaguez ao volante e competição não autorizada, são inaplicáveis as disposições contidas no 88 e 74, uma vez que não há vítima determinada.

Observe-se que a pena máxima da lesão corporal pelo CTB é de 2 anos — artigo 303, a de direção alcoolizada de 3 anos — artigo 306 e de 2 anos a de competição não autorizada — artigo 308.

Assim sendo, não houve nova definição de crime de menor potencial ofensivo, já que o mesmo era definido pela Lei nº 9.099/95, que assim deixava claro serem os crimes punidos com pena máxima de 1 ano.

A ressalva em questão apenas possibilita a aplicação de institutos próprios da Lei nº 9.099/95, como a reparação do dano como forma de extinção da punibilidade (artigo 74), a transação penal (artigo 76) e a necessidade de representação (artigo 88), aos crimes definidos pelo CTB que possuem pena máxima superior a 1 (um) ano, os quais sem aquela não poderiam ser aplicados, já que tais infrações penais não são e não acabaram se tornando infrações de menor potencial ofensivo.

Tanto é verdade que não se lavra termo circunstanciado para estes, mas o correto, antes da Lei nº 10.259/01, a lavratura do auto prisão em flagrante ou instauração de inquérito policial, sendo que após o relatório da autoridade policial, deve ser designada audiência preliminar.

A questão, no que concerne aos crimes de lesão corporal e de competição não autorizada, restou resolvida com o advento da Lei nº 10.259/01, eis que estas passaram a ser infrações de menor potencial ofensivo. Evidentemente que considerando o artigo 303, *caput*, do CTB, já que se ocorrer a hipótese do seu parágrafo único a pena máxima sofre aumento de 1/2 (aumento máximo), deixando, assim, de ser infração de menor potencial ofensivo.

Contudo não ocorre o mesmo com a embriaguez ao volante que não é infração de menor potencial ofensivo, devendo ser lavrada o inquérito policial ou auto de prisão em flagrante, conforme o caso, sendo que deve ser realizada audiência preliminar para possibilitar a transação penal, aplicável à espécie.

Não é outra conclusão que se abstrai do Enunciado de número 54 do Fórum Permanente de Juizes Coordenadores dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil.

Enunciado 54: “O processamento de medidas despenalizadoras, aplicáveis ao crime previsto no artigo 306 da Lei nº 9.503/97, por força do parágrafo único do artigo 291 da mesma lei, não compete ao Juizado Especial Criminal.”

Neste sentido:

Tribunal de Alçada Criminal (TACrimSP): “**Código de Trânsito Brasileiro** - Lesão corporal culposa - Composição Civil, transação penal e representação da vítima - Admissibilidade - Prosseguimento no rito procedimental dos delitos apenados com detenção - Necessidade: - Por força do artigo 291 do CTB, aplicam-se os institutos previstos nos artigos 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099/95 ao crime de lesão corporal culposa resultante de acidente de trânsito, mesmo que este não seja considerado infração de menor potencial ofensivo, sendo certo que os demais momentos processuais devem seguir o rito procedimental previsto para os delitos apenados com detenção, nos termos do artigo 539 do CPP” (TACrim/SP, HC nº 356.814/3, Lima, 5ª Câmara, rel. **Angélica de Almeida**, j. 09.02.2000, v.u.).

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ/RJ): “**Conflito positivo de competência** - Lesões corporais culposas - Juízo comum.

O crime de lesão culposa de trânsito não é considerado uma infração de menor potencial ofensivo, pois para um crime ser considerado de menor potencial ofensivo basta, em tese, focalizar o aspecto relativo à pena; portanto, nos termos da nova lei, não será julgado no Juizado Especial Criminal” (TJ/RJ, CC nº 74/2000, 2ª C. Crim., rel. des. **Nestor Luiz Bastos Ahrends**, DORJ 23.05.2001).

Tribunal de Alçada de Minas Gerais (TAMG): “**Conflito negativo de competência** - Justiça Comum - Juizado Especial Criminal - Acidente de trânsito - Lesão corporal culposa - Direção inabilitada - Causa especial de aumento de pena - Código de Trânsito Brasileiro - Em acidente de trânsito, se o delito perpetrado é de homicídio ou lesão corporal culposa, a falta de habilitação para dirigir veículo automotor não pode ser tida como delito autônomo, e sim mera causa de aumento de pena, a teor dos artigos 302, parágrafo único, I, e 303, parágrafo único, ambos da Lei nº 9.503/97.

Se o inabilitado pratica lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, não fica configurado o ilícito penal do artigo 309 do Código de Trânsito Brasileiro, e sim o delito do artigo 303, com causa especial de aumento de pena prevista em seu parágrafo único, que dispõe sobre a falta de habilitação.

É competente, para apreciar o ilícito de lesão corporal por inabilitado na condução de veículo automotor, o Juízo Criminal Comum e não o Juizado Especial, uma vez que o delito cometido comina pena máxima superior a um ano, não sendo, conforme conceitua o artigo 61 da Lei nº 9.099/95, infração de menor potencial ofensivo, e, ainda, por não constituir a falta de habilitação, nos homicídios e lesões culposas, delito autônomo, mas mera causa de aumento de pena” ➡

Marcelo Matias Pereira

➔ (TAMG, CComp. n.º 269.755-8, rel. juiz **Hyparco Immesi**, j. 26.3.99, DJ28.8.99).

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS): “**Trânsito** - Lesão corporal culposa - Competência - Previsão do artigo 291 da Lei n.º 9.503/97 quanto à aplicação dos institutos da conciliação, da transação e da representação, que não significam a incidência pura e simples da Lei n.º 9.099/95 - Pena em abstrato prevista para o ilícito que afasta a competência do Juizado Especial Criminal para o exame da matéria - Julgamento afeto à Justiça Comum - Inteligência do artigo 61 da Lei n.º 9.099/95. Ementa Oficial: A regra do artigo 291 do atual Código de Trânsito Brasileiro não fixa a competência do Juizado Especial Criminal para o julgamento do delito de lesão corporal culposa ocorrida no trânsito. Apenas prevê a aplicação dos institutos da conciliação, da transação e da representação a essa espécie de delito, o que não significa em absoluto a incidência pura e simples da Lei n.º 9.099/95. Ademais, a pena em abstrato prevista para o ilícito em questão, que varia de seis meses a dois anos, afasta, por si só, a competência desse Juizado Especial para exame da matéria, à luz do que preceitua o artigo 61 da Lei n.º 9.099/95” (Conflito de Jurisdição 699.326.765, 3ª Câmara, rel. des. **José Eugênio Tedesco**, j. 05.08.1999. Acórdão - Acordam, em 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, julgar improcedente o conflito).

Assim sendo, é correto afirmar que com exceção dos crimes ora apontados, as demais infrações penais contidas do Código de Trânsito Brasileiro são de menor potencial ofensivo, logo de competência do Juizado Especial Criminal, já que com penas máximas não superiores a dois anos, à míngua de circunstâncias que determinem aumento de pena acima do patamar máximo legalmente estabelecido.

II - Dos crimes previstos no Estatuto do Idoso

O artigo 94 da Lei n.º 10.741/03, Estatuto do Idoso, estabelece que as infrações penais com pena máxima privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos devem estar sujeitas ao procedimento previsto na Lei n.º 9.099/95.

Os crimes definidos no mesmo estatuto são de ação pública incondicionada, na forma do que dispõe o artigo 95.

Evidente que foi intenção do legislador possibilitar a aplicação do procedimento sumário a estes crimes, com vistas a maior celeridade na apuração e julgamento das infrações penais em questão, as quais ganharam foros de crimes previstos em lei especial, garantindo com isto o necessário respeito ao idoso.

Contudo, de forma idêntica à que ocorreu com os crimes previstos no Código de Trânsito Brasileiro, não se criou uma nova definição jurídica de crimes de menor potencial ofensivo, mas, tão-somente, determinou-se a aplicação de um procedimento mais simplificado

e célere que o ordinário e sumário, previstos no Código de Processo Penal.

Observe-se que não se pode confundir o direito material com o processual, de modo que o conceito de infração de menor potencial ofensivo, pertencente ao campo do primeiro, não pode ser confundido com a questão relativa a competência, exclusiva do segundo.

É certo que ambos se entrelaçam na medida em que a competência em razão da matéria é ditada pelo conceito de direito material, mas uma coisa não pode ser confundida com a outra, sob pena de ofensa ao princípio lógico da identidade.

Assim, sendo as infrações de menor potencial ofensivo, conceito de direito material, continuam sendo previstas no artigo 2º, parágrafo único, da Lei n.º 10.259/01, sem qualquer interferência por parte do Estatuto do Idoso, o qual no artigo 94, ao menos na parte em comento, tratou de questão eminentemente processual, ligada a procedimento, não tendo, em nenhum momento, tratado de competência em razão da matéria.

Desta forma, as infrações previstas no Estatuto do Idoso, com pena superior a dois anos, deverão ser julgadas na Justiça Comum, observando-se o procedimento previstos na Lei n.º 9.099/95, vale dizer o procedimento sumaríssimo.

Inaplicável, aos crimes previstos no Estatuto do Idoso, o instituto da composição dos danos civis, previsto no artigo 74 da Lei n.º 9.099/95, eis que este implica em renúncia tácita ao direito de representação ou de queixa, na forma do parágrafo único do mesmo dispositivo, institutos próprios das infrações que se processam mediante ação pública condicionada à representação e ação penal de iniciativa privada, como deixa claro a interpretação deste dispositivo em conjunto com o disposto no artigo 75 do referido diploma legislativo, já que os crimes previstos na nova lei se processam mediante ação pública incondicionada, na forma do disposto no artigo 95, já referido.

Não podem os autores das infrações penais com penas superiores a dois anos, definidas no Estatuto do Idoso, serem beneficiados com a transação penal, prevista no artigo 76 da Lei n.º 9.099/95, eis que, conforme já afirmado, estes crimes não são de menor potencial ofensivo, de modo que ofende a interpretação teleológica da nova lei a conclusão que sustenta essa possibilidade, já que elevadas estas infrações a categoria de especiais, foi intenção do legislador estabelecer um tratamento diferenciado, em benefício do idoso e de sua dignidade.

Observe-se que, no artigo 99 da Lei n.º 10.741/03, encontramos a previsão do crime de exposição do idoso a perigo, com redação muito parecida e com penas idênticas às estabelecidas para o crime previsto no artigo 132 do Código Penal.

A forma qualificada de ambas as infrações penais, quando resulta lesão corporal de natureza grave, é punida com pena máxima de 4 (quatro) anos de reclusão. Em se admitindo a transação penal para os crimes previstos no Estatuto do Idoso, com penas não superiores a 4 (quatro) anos, dever-se-ia admitir, por uma questão de igualdade e proporcionalidade, o mesmo benefício ao artigo 132 do Código Penal.

Por outro lado entendendo-se que as infrações punidas com pena máxima não superior a 4 (quatro) anos seriam de competência do Juizado Especial Criminal, também deveriam lá ser processados e julgados os crimes de furto simples, apropriação indébita (que possui similar no artigo 102 do Estatuto) e estelionato, já que, na forma do que dispõe o *caput* destes dispositivos, não possuem os mesmos penas máximas superiores a 4 (quatro) anos.

Inúmero seria o rol de infrações penais que seriam deslocadas para a competência do Juizado Especial Criminal, o que, de certo, não foi a intenção do legislador, de modo que mostra-se equivocada tal interpretação, ferindo a finalidade da nova lei.

Assim sendo, são infrações penais de menor potencial ofensivo as previstas nos artigos 96, *caput* e seus §§ 1º e 2º, 97 e seu parágrafo único, 1ª figura, 99, *caput*, 100, 101, 103, 104 e 109, estando sujeitas ao procedimento sumaríssimo previsto na Lei n.º 9.099/95, podendo ser seus autores beneficiados com a transação penal, de que trata o artigo 76 deste último estatuto.

Não são infrações de menor potencial ofensivo, porque possuem pena máxima superior a 2 (dois) anos, os crimes previstos nos artigos 97, parágrafo único, 2ª figura, 98, 99, §§ 1º e 2º, 102, 105, 106, 107 e 108, estando sujeitos ao procedimento sumaríssimo previsto na Lei n.º 9.099/95, não podendo seus autores serem beneficiados com a composição dos danos civis, como forma de extinção da punibilidade, bem como com a transação penal, de que tratam os artigos 74 e 76 da Lei n.º 9.099/95, devendo o processo tramitar pelo Juízo Comum e não pelos Juizados Especiais.

Poderão os autores dos crimes mencionados ser beneficiados com a suspensão do processo, na forma do artigo 89 da Lei n.º 9.099/95, desde que a pena mínima não seja superior a 1 (um) ano, vale dizer nas hipóteses dos artigos 96, *caput* e §§ 1º e 2º, 97, *caput* e § 1º, 1ª figura, 98, 99, *caput* e § 1º, 100, 101, 102, 103, 104, 105 e 109. ◉

Marcelo Matias Pereira

Juiz de Direito do Juizado Especial Criminal e da Família do Foro Central da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, professor de Direito Penal da Universidade Paulista (Unip) e da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e mestrando em Direito Penal por esta última universidade

LEI 10.792/03, ASSISTÊNCIA DEFENSIVA ANTES E DURANTE O INTERROGATÓRIO JUDICIAL E OS “ESCRAVOS DA LEI”

Marcelo Cury

Marcelo Cury

Impossível falar de processo penal sem falar do direito de defesa do acusado. Se não há possibilidade de defesa, nenhum decreto condenatório se legitima, pois sem defesa não há falar-se, sequer, em “processo”. Nosso sistema, entretanto, assegura mais do que o simples direito de defesa, pois este, nos termos da Constituição Federal de 1988, é *amplo* (art. 5º, LV).

É certo que a Constituição foi ainda mais longe, ao assegurar, nos casos afetos ao Tribunal do Júri, a *plenitude* de defesa (art. 5º, XXXVIII, “a”). Porém, se se assegura, em tais casos, até *mais* do que a amplitude do direito de defesa, pois o que é *pleno* é mais do que *amplo*⁽¹⁾, não se pode assegurar, em todos os demais casos, menos do que isto. Ou seja, o direito de defesa deve ser, *no mínimo*, amplo, e, porque amplo, seu exercício deve ser *efetivo*, concreto e fundamentado, não se admitindo, por exemplo, a defesa meramente formal, simbólica, ou, mesmo, escassa.

Ora, se assim é, o efetivo exercício da ampla defesa não prescinde, em qualquer fase de um processo criminal, da figura do advogado do acusado, a uma porque a mesma Constituição de 1988 o afirma “*indispensável à administração da justiça*” (art. 133), e a duas porque é ele quem reúne os atributos profissionais necessários ao exercício da *defesa técnica*. Todavia, o que parece simples, óbvio mesmo, não o é na prática, pois nossos tribunais, apesar da clareza solar dos mandamentos constitucionais citados, chegaram a “consagrar” a “dispensabilidade” do advogado em diversos momentos processuais, inclusive no interrogatório do acusado, aceitando, outrossim, verdadeiros simulacros de defesas técnicas, sem ver nisto nulidade alguma.

A questão da assistência defensiva antes e durante o interrogatório judicial não é nova, tendo vindo a lume, ainda recentemente, excelente artigo de **René Ariel Dotti** – dedicado aliás à memória do inesquecível advogado **Raimundo Paschoal Barbosa** – tratando dela⁽²⁾.

Nesse texto são reeditados comentários sobre um acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, datado de 07.08.02, o qual anulou processo porque interrogado o acusado sem a assistência defensiva⁽³⁾ – decisão essa tida pelo notável professor paranaense como verdadeiro “*paradigma a estimular a adoção legal dessa cautela, já reclamada pela boa doutrina*”⁽⁴⁾.

Christiano Fragoso também escreveu, recentemente, sobre o assunto, lembrando “*alvissareiros acórdãos*” daquela mesma corte gaúcha no sentido de que a presença do advogado é, de fato, indispensável no interrogatório judicial, apesar do entendimento que ainda prevalece nos tribunais superiores⁽⁵⁾.

Impende registrar, ainda, um outro precedente, aliás bem anterior àquele acima referido, materializado em *declaração de voto vencido* do então juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo⁽⁶⁾, **Márcio Bartoli**, hoje desembargador do Tribunal de Justiça do mesmo Estado, cuja riqueza de argumentação e completude, a nosso ver, o erigia, já em

26.04.95, à categoria de verdadeiro marco, fato que porque verdadeiramente memorável, nos levou a rabiscar um modesto estudo sobre o tema⁽⁷⁾, que teve por finalidade não apenas louvar o que raramente se louva (ou seja, a declaração de um voto vencido), como também demonstrar, à luz da Constituição Federal de 1988 e da doutrina moderna (integrada, aliás, por **René Ariel Dotti**, um dos juristas invocados no texto), que o reconhecimento da indispensabilidade do advogado *antes e durante* o interrogatório judicial, sob pena de nulidade absoluta, chegava a *independar da mudança da legislação processual penal em vigor*, pois essa indispensabilidade, em face da nova ordem constitucional, instaurada em 05.10.88, se impunha.

Por razão de espaço, não caberia reproduzir aqui, ao contrário do que fizemos no estudo antes referido, todos os argumentos de ordem constitucional e legal então utilizados naquela declaração de voto, bastando consignar que o juízo então expendido lastreava-se no magistério de **José Frederico Marques**, **Magalhães Noronha**, **Rogério Lauria Tucci**, **Ada Pellegrini Grinover**, **Antonio Scarance Fernandes**, **Antonio Magalhães Gomes Filho**, **Alberto Silva Franco**, **Vicente Greco Filho** e **José Afonso da Silva**, bem como em percucientes considerações do min. **Celso de Mello**, da Corte Suprema.

E tal *decisum* é, realmente, histórico, pois, se não foi o primeiro, com certeza foi, no nosso cuidar, o mais completo precedente aberto em termos de se reconhecer que a ausência do advogado no interrogatório do acusado ofende o princípio da ampla defesa, tratando-se, pois, de documento jurídico de leitura obrigatória e paradigma a ser observado, conforme sustentáramos, *independentemente de qualquer alteração legislativa*, valendo recordar, pelo menos, o remate da decisão, lamentavelmente vencida: “*Reafirmadas pela Constituição de 1988, em enunciados mais claros e precisos, as regras do devido processo legal aos acusados em geral; do contraditório; da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; da necessidade de assistência de advogado; da essencialidade de sua presença à administração da justiça, tais princípios não podem ser olvidados nem ser objeto de uma interpretação chamada de retrospectiva – como observou a Profª. Ada Pellegrini Grinover, na apresentação do livro Presunção de Inocência e Prisão Cautelar, de Antonio Magalhães Gomes Filho – resultado dos interesses contrariados, do imobilismo e do conservadorismo, da indolência mental, fatores que levam a uma certa propensão, da doutrina e da jurisprudência, a interpretar o texto novo de maneira que ele fique tão parecido quanto possível com o antigo: Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou.*”⁽⁸⁾

De qualquer forma, algo, enfim, “mudou”. É que a Lei Federal nº 10.792, de 1º.12.03, que entrou em vigor na data de sua publica-

ção⁽⁹⁾, no que toca ao tema em exame, introduziu significativas alterações no CPP, eliminando, finalmente, de forma simples, o lamentável descompasso da jurisprudência majoritária com a doutrina moderna acerca da indispensabilidade do advogado no interrogatório⁽¹⁰⁾. Vejamos, rapidamente, algumas dessas alterações.

De acordo com a nova redação do art. 185, o acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo, “*será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado*” (*caput*)⁽¹¹⁾, sendo certo que, antes da realização do ato, “*o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor*” (§ 2º)⁽¹²⁾. A norma, como se vê, é cogente, e, assim, sua inobservância implica nulidade absoluta do processo.

Mas o legislador, parece que num surto de bom senso, coisa verdadeiramente rara nestes dias, foi mais longe, dispondo, também de forma cogente, que, após proceder ao interrogatório, “*o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante*” (art. 188)⁽¹³⁾. Corrigiu-se, assim, a draconiana proibição de formulação de perguntas por parte da defesa e da acusação, resguardando-se o exercício do contraditório integral.

O art. 196 também sofreu benéfica alteração: antes, apenas o juiz podia, a todo tempo, proceder a novo interrogatório; agora, pode qualquer das partes, desde que fundamentadamente requerê-lo. E, por falar em fundamentação, foi acrescido um parágrafo único ao art. 261, dispondo que a defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, “*será exercida através de decisão fundamentada*”⁽¹⁴⁾. Já era tempo de se rejeitar, sob pena de nulidade, aquele tipo de “defesa” citado no início, ou seja, a defesa meramente formal, simbólica, escassa – para não dizer, como o vulgo, “meia boca”⁽¹⁵⁾.

É certo que as alterações introduzidas pela Lei Federal nº 10.792/03 merecem uma análise mais profunda, inclusive no que toca ao interrogatório judicial, o que certamente haverá de ser feito pelos doutores⁽¹⁶⁾.

Mas, para finalizar, caberia uma breve reflexão. Alguns juízes, para contornar o incontornável (como, *vg.*, a necessidade de garantir-se a qualquer acusado o direito à ampla e efetiva defesa), se autoproclamam “*escravos da lei*”, ignorando o que de melhor se produz na doutrina, e, assim, ao menos no que tange ao interrogatório judicial, em virtude da Lei Federal nº 10.792/03, parece que eles encontraram um novo “senhor” (ou melhor, “senhora”).

Melhor seria, todavia, que todos se julgassem “*escravos*”, isto sim, da Constituição Federal, esta sim a “*senhora de todas as leis*”, cujo reiterado desrespeito, no que tange à amplitude de defesa que ela assegura, já “vitiou” tantos acusados, nos desvãos do tempo que não volta mais. (1)

Notas

- (1) Comentando acórdão do Tribunal de Justiça do Acre, **Alexandra Szafir** aborda esse tema: "A ampla defesa garantida no art. 5º, LV, não é a mesma coisa que a plenitude de defesa assegurada no inciso XXXVIII, a, do mesmo artigo. Nas palavras de **Guilherme de Souza Nucci**, 'apesar de ser uma garantia de o acusado defender-se com amplidão, é característica fundamental da instituição do júri que a defesa seja plena. Um tribunal popular, onde se decide por íntima convicção, sem qualquer motivação, sem a feição de ser uma tribuna livre, especialmente para o réu, não é uma garantia individual, ao contrário, é um fardo dos mais terríveis (...) no Tribunal popular a plenitude de defesa é característica expressiva e essencial da própria instituição' (...)." ("Deficiência de defesa. Atuação do defensor que prejudicou o acusado no júri. Apelação da defesa sem razões recursais. Júri anulado. Algumas considerações sobre a ampla defesa". In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n° 45, p. 300. Publicação oficial do **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo: Ed. RT, outubro/dezembro/2003).
- (2) "Sobre as virtudes da tolerância, da paciência e da perseverança". In: *Revista do Advogado* n° 72, pp. 35-45. Publicação da Associação dos Advogados de São Paulo, outubro/2003.
- (3) Apelação-crime n° 70004507562, 5ª Câmara Criminal.
- (4) "Sobre as virtudes..." cit., p. 37.
- (5) "O advogado no interrogatório". In: *Boletim IBCCRIM* n° 132, p. 4-5. Publicação oficial do **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, novembro/2003.
- (6) Embargos infringentes n° 823.723/2, 10ª Câmara.
- (7) "Assistência de advogado no interrogatório e orientação prévia. Ausência: nulidade absoluta". In: *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos - Divisão Jurídica* n° 32, p. 313-338. Instituição Toledo de Ensino - Bauru-SP, agosto/novembro/2001.
- (8) "Assistência de advogado..." cit., p. 320; destacamos.
- (9) DOE, Seção I, 02.12.03, p. 2.
- (10) Sobre o descompasso da jurisprudência com a doutrina, no que toca à presença do defensor no interrogatório, conferir artigo de nossa autoria intitulado "Indispensabilidade do advogado: jurisprudência vs. doutrina", in "Jurid 8.0 Web" (www.jurid.com.br), "Doutrina Geral", 2001, ou CD-ROM "Jurid 8.0", "Doutrina Cível", 2002.
- (11) Destacamos.
- (12) Destacamos.

- (13) Destacamos.
- (14) Destacamos.
- (15) Note-se, todavia, que a lei diz que a defesa técnica deverá ser sempre fundamentada quando realizada "por defensor público ou dativo". Então, pergunta-se: e quando o defensor for particular? Dele não se exigirá idêntico padrão de qualidade, sob pena de nulidade?
- (16) Aliás, já está sendo feito. Confirmam-se, a propósito, os textos "Publicidade, ampla defesa e contraditório no novo interrogatório judicial - Conclusões preliminares do Grupo de Estudos do Departamento de Projetos Legislativos do IBCCRIM" (elaborado por **Cleunice Valentim Bastos Pitombo**, **Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró**, **Marcos Alexandre Coelho Zilli** e **Maria Thereza Rocha de Assis Moura**) e "A Lei 10.792/03, o contraditório e o conservadorismo" (de autoria de **Rogério Schietti Machado Cruz**), ambos publicados no *Boletim IBCCRIM* n° 135, p. 7-8. Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, fevereiro/2003.

Marcelo Cury

Advogado em Bauru-SP e
assessor do TED X da OAB/SP

LEGISLAÇÃO:

ALTERAÇÕES NO ESTATUTO DO DESARMAMENTO

Departamento de Estudos e Projetos Legislativos

Recentemente foi aprovada a Lei n° 10.826, de 22 de dezembro de 2003, conhecida como "Estatuto do Desarmamento", que foi publicada no *DOU* de 23 de dezembro de 2003.

No mesmo dia em que era publicado o Estatuto do Desarmamento, o Governo Federal encaminhou ao Congresso Nacional a Medida Provisória n° 157, de 23 de dezembro de 2003, que altera o inciso IV do art. 6º da Lei n° 10.826, de 22 de dezembro de 2003. A mudança consiste na permissão para que as Guardas Municipais das Cidades com mais de 50.000 (cinquenta mil) habitantes portem armas de fogo.

O teor da medida provisória era o seguinte:

"O Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

Art. 1º O inciso IV do art. 6º da Lei n° 10.826, de 22 de dezembro de 2003, passa a vigorar com a seguinte redação:

"IV - os integrantes das guardas municipais dos Municípios com mais de cinquenta mil e menos de quinhentos mil habitantes, quando em serviço;" (NR)

Art. 2º Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação. Brasília, 23 de dezembro de 2003; 182ª da Independência e 115ª da República.

Luiz Inácio Lula da Silva
Márcio Thomaz Bastos

No Senado, houve alteração da MP, sendo aprovado o seguinte texto:

"O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O art. 6º da Lei n° 10.826, de 22 de dezembro de 2003, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 6º ...

IV - os integrantes das guardas municipais dos Municípios com mais de 250.000 (duzentos e cinquenta mil) e menos de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, quando em serviço, observado o disposto no § 6º deste artigo;

...

§ 3º A autorização para o porte de arma de fogo das guardas municipais está condicionada à formação funcional de seus integrantes em estabelecimentos de ensino de atividade policial, à existência de mecanismos de fiscalização e de controle interno, nas condições estabelecidas no regulamento desta Lei, observada a supervisão do Comando do Exército.

...

§ 6º Aos integrantes das guardas municipais dos Municípios que integram regiões metropolitanas, será autorizado porte de arma de fogo, quando em serviço." (NR)

Art. 2º Ficam acrescidos de 90 (noventa) dias os prazos estipulados pelos arts. 29, 30 e 32 da Lei n° 10. 826, de 2003, cujos termos iniciais contar-se-ão da publicação desta Lei.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Senado Federal, em 7 de abril de 2004

Senador **Paulo Paim**, primeiro vice-presidente do Senado Federal, no exercício da Presidência "

Em suma, o texto aprovado no Senado restringia o texto da Câmara, vez que passava a permitir o porte de armas para as guardas municipais nas cidades com mais de 250.000 e menos de 500.000 habitantes, enquanto que o texto originariamente aprovado na Câmara o limite era de mais de 50.000 e menos de 500.000 habitantes.

O texto final, aprovado pelo Plenário da Câmara, em 13.04.2004, e que foi encaminhado à sanção presidencial, na mesma data, passou a ter a seguinte redação:

"Art. 1º. O inciso IV do art. 6º da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, passa a vigorar com a seguinte redação:

"IV - os integrantes das guardas municipais dos Municípios com mais de cinquenta mil e menos de quinhentos mil habitantes, quando em serviço;

...

§ 3º A autorização para o porte de arma de fogo das guardas municipais está condicionada à formação funcional de seus integrantes em estabelecimentos de ensino de atividade policial, à existência de mecanismos de fiscalização e de controle interno, nas condições estabelecidas no regulamento desta Lei, observada a supervisão do Comando do Exército.

...

§ 6º Aos integrantes das guardas municipais dos Municípios que integram regiões metropolitanas, será autorizado porte de arma de fogo, quando em serviço." (NR)

Art. 2º Ficam acrescidos de 90 (noventa) dias os prazos estipulados pelos arts. 29, 30 e 32 da Lei n° 10. 826, de 2003, cujos termos iniciais contar-se-ão da publicação desta lei.

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação".

MINISTÉRIO PÚBLICO: TERMO INICIAL DO PRAZO RECURSAL

José Barcelos de Souza

José Barcelos de Souza

Escreveu **William Wendell Holmes** em seu *Selected Papers* que muitas vezes a arte de advogar consiste em saber profetizar o que os juízes dirão em um caso concreto. Acredito que estou ficando defasado nessa arte. Selecionei para uma petição de *habeas corpus* cerca de quatro ilegalidades, a constituir outras quatro nulidades, em um único acórdão condenatório de um tribunal federal. Parece demais, mas apostava que pelo menos três eram efetivas para a obtenção de uma liminar, e podia-se escolher qualquer delas no escuro para ter uma boa escolha, já que cada uma era mais clamorosa que a outra. Que esperança! Minha previsão foi pior que as da meteorologia.

Isso me ensinou, porém, outro tipo de arte. A de não esbanjar munição, como já aconselhavam em certas situações heróis do velho oeste do cinema americano. Providencialmente, talvez para não trincar demais o acórdão, vim a economizar munição, que acaba de me ser útil para um novo pedido, mas que, aprendida a lição, desta vez ainda não gasto toda.

É que o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça, discrepando dos ensinamentos de **Costa Manso**, de **Pontes de Miranda** e de decisões diversas do Eg. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo — um senhor Tribunal —, citados em meu *Doutrina e Prática do Habeas Corpus*, dispõe que quando o pedido “for reiteração de outro com os mesmos fundamentos, o relator o indeferirá liminarmente”.

O novo fundamento é muito interessante. Trata-se da questão da identificação do termo a quo do prazo recursal do Ministério Público. E tanto mais interessante quanto, posta por mim cerca de um ano atrás em contra-razões de apelação (que acredito não foram lidas, embora, parafraseando **Lopes da Costa**, para quem o réu quando contesta também pede, pode-se dizer que o réu quando contra-arrazo também pede), igualmente há quase um ano o Superior Tribunal julgou caso idêntico, em recurso que teve o voto, que muito valoriza o acórdão, de relator que foi antigo chefe do Ministério Público do Rio de Janeiro e agora integra o Tribunal pelo quinto que coube ao Ministério Público. Além disso, precisamente há três meses, o Supremo Tribunal terminou o julgamento de caso semelhante, tudo isso a robustecer a tese que deu margem a um novo pedido de *habeas corpus*, com, novamente, requerimento de liminar.

Daí por que espero não errar de novo na profecia.

Do episódio, porém, uma outra lição pode tirar-se, útil nesses tempos de reformas, em que os recursos têm sido muito combatidos. É a de que pelo menos mais um novo recurso convém ser criado, contra decisão que negar liminar em *habeas corpus*. A conveniência de bem proteger a liberdade individual o justifica.

E não seria uma demasia, igualmente em nome da proteção da liberdade individual,

que a lei ordinária disponha contrariamente a certas disposições regimentais.

Eis o texto da petição, eliminada a parte introdutória:

“II - Cumpro, inicialmente, assinalar que, a propósito de outras ilegalidades do mesmo acórdão, foi protocolada em 15-12-2003, em favor do mesmo paciente, uma petição de *habeas corpus*, que tem o nº 33.165/MG.

Claro que podia o fundamento agora apresentado nesta nova impetração ter sido incluído na petição anterior. Todavia, ao impetrante pareceu que as quatro ilegalidades apontadas, configurando igual número de nulidades, seriam suficientes. Agora, entretanto, diante do indeferimento da liminar requerida — e que visava simplesmente à suspensão dos efeitos do acórdão condenatório até o julgamento do *habeas corpus* requerido — está-se convencido de que aqueles quatro fundamentos são fracos, ou foram mal expostos, de modo que, se irrelevantes para a obtenção de uma simples liminar, certamente o serão para a futura concessão da ordem.

Daí este novo pedido, com novo fundamento, inteiramente diverso daqueles da anterior impetração, que tramita sob nº 33.165/MG.

III - Urge ponderar ainda que, mesmo vindo o *habeas corpus* anterior a ser deferido, não ficaria o presente pedido prejudicado, uma vez que tem objetivo diferente e mais amplo que o anterior. O primeiro, visando à anulação do acórdão, por nulidades próprias e por nulidade derivada de vício da denúncia, não teria o condão de sepultar o processo, que, nulo, poderia ser renovado. Já agora, quando mais apropriada é a cassação do acórdão condenatório diante da intempestividade da apelação, o mal poderá ser cortado pela raiz, com a impossibilidade de que outro acórdão seja proferido.

IV - Agora já passando à discussão da ilegalidade, releva salientar que a questão da intempestividade do recurso ministerial foi apontada nas contra-razões da apelação, item I, manuscritas a fls. 540 e v., nos seguintes termos:

“O recurso é intempestivo.

Com efeito, como se vê de fls. 508v., os autos foram com vista à douta Procuradoria — ou melhor, retirados para conhecimento da sentença —, em 19-12-02.

Logo, o prazo fatal e improrrogável de cinco dias para apelar venceu no dia 24.

Entretanto, só em 7 de janeiro foi apresentado o apelo.

Evidentemente, uma distribuição interna não poderia ter o condão de influir no curso do prazo.

No dia em que foram retirados os autos da Secretaria Judicial por funcionário do Ministério, nesse mesmo dia, sem dúvida, ocorreu intimação, que não há de ser pessoal a determinação do procurador, visto que o Ministério Público é uno e indivisível.

De outro modo, o Ministério Público ficaria com o privilégio de tomar conhecimento de uma sentença no dia em que bem entendesse”.

Apresentada a petição de apelação, aparentemente com toda presteza, em 7 de janeiro, data em que a procuradora bateu um carimbo de recebimento (cota de fls. 508v.), vale dizer, 19 dias após a abertura de vista e retirada dos autos mediante carga no dia 19 de dezembro anterior (carimbo nas mesmas fls. 508v., início, com anotação manuscrita referente ao registro da carga), as razões do recurso, de sua vez, foram ofertadas, aqui já sem tanta prontidão, em 24-02-03, isto é, um mês e meio depois da juntada da petição de apelação (fls. 523), tudo como fazem certo as cópias anexas.

O acórdão condenatório, porém, nada disse sobre a preliminar de intempestividade levantada nas contra-razões, que foram negligenciadas.

Preliminar sobre a qual, aliás, também o parecer passou batido.

E assim é que o indevido e ilegal conhecimento do recurso deu margem a seu provimento, em detrimento da liberdade do paciente, de modo a desafiar o remédio heróico.

V - É certo que o dies a quo do prazo recursal do Ministério Público ocorre, em geral, com a intimação (CPP, art. 800, § 2º, c/c o art. 797, § 5º), que segundo lei própria há de ser pessoal. Então, de duas uma: ou se faz a intimação por mandado, praxe que se adotava em alguns juízos mesmo antes da lei referida, aí com possível desvantagem para o procurador ou para o órgão, pois só então se cogitaria de mandar buscar os autos para exame, já com prazo se iniciando; ou se faz ela a qualquer procurador ou promotor que for encontrado na repartição, dada a unidade e indivisibilidade do Ministério Público, mas com maior inconveniente.

Adotou-se, porém, de modo geral, uma praxe mais conveniente, quer para o Ministério Público, quer para a Justiça: o próprio Ministério Público manda retirar da secretaria da Vara os autos com vista oficialmente aberta no dia (nesse dia há o escrivão de, sob as penas da lei, enviar os autos ao órgão do Ministério Público, CPP art. 800, § 4º), autos que vão para uma secretaria ou cartório próprio do órgão, ao qual cabe fazer chegar ditos autos, com a necessária urgência, às mãos daquele a quem couber tomar conhecimento da decisão e eventualmente recorrer. Só que, ao invés de assim agir, em muitos lugares estabelecem-se a praxe viciosa da abertura de nova ‘vista’, particular, por funcionário do órgão, evidentemente sem fé-pública, a um procurador, e da qual, e não da outra, oficial, se procura, ilegalmente, contar o prazo.

Decisões já têm aparecido a respeito da matéria.

Assim a de que dá conta o seguinte informativo do STF:

“Informativo do STF nº 328

Ministério Público: termo inicial do prazo recursal

Concluído o julgamento de *habeas corpus* em que se discutia se o termo inicial do prazo para que o Ministério Público interponha recurso conta-se da remessa dos autos à secretaria do citado órgão, com vista, ou se do lançamen-

to do 'ciente' pelo Parquet — v. 'Informativo 327'. O Tribunal, por maioria, acompanhou o voto proferido pelo ministro **Marco Aurélio**, relator, no sentido do deferimento do writ, para declarar a intempestividade do recurso especial interposto pelo Ministério Público estadual, por entender que, em face do tratamento isonômico que deve ser conferido às partes para se evitar privilégios, o prazo para interposição de recurso pelo Ministério Público inicia-se com a sua intimação pessoal, a partir da entrega dos autos com vista à secretaria do órgão. Salientou-se, na espécie, que a adoção de entendimento diverso implicaria o gerenciamento, pelo Ministério Público, do termo inicial do prazo recursal, a partir da aposição do ciente. Vencidos os ministros **Joaquim Barbosa**, por entender necessária na espécie a intimação pessoal, e **Celso de Mello**, por considerar que, no caso concreto, não se poderia presumir a ciência prévia e inequívoca do representante do Ministério Público apenas pela entrada dos autos na repartição, inclusive porque o processo sequer havia sido entregue no gabinete do promotor responsável pelo caso. HC deferido para consignar a intempestividade do recurso especial interposto, ficando, em consequência, restabelecido o acórdão impugnado.

HC nº 83255/SP, rel. min. **Marco Aurélio**, 5.11.2003.

Também este Colendo Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre a matéria (REsp. nº 299417/SP-2001/0003145-5, acórdão publicado no 'DJU' de 10-03-03).

Aqui vai a ementa de seu esclarecedor acórdão, que tem o peso da relatoria do ilustre ministro **Hamilton Carvalhido**, excelente juiz que integra este colendo Tribunal pelo quinto constitucional do Ministério Público e que já exerceu o cargo de procurador-geral de Justiça no Estado do Rio de Janeiro:

Recurso Especial. Ministério Público. Prazo. Recebimento dos autos com vista. Recurso intempestivo.

1. O prazo do recurso para o Ministério Público começa a fluir de sua intimação pessoal, formalidade que se opera mediante entrega dos autos com vista (artigos 18 da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, e 41, inc. IV, da Lei nº 8.625 de 12 de fevereiro de 1993).

2. Criando, contudo, o Ministério Público, setor de apoio próprio a realizar precipuamente a atividade de recebimento dos autos a serem entregues a seus membros, a Instituição, ela mes-

ma, avoca, para si, o ônus da entrega imediata e, em consequência, os gravames do tempo consumido no eventual entrave burocrático.

3. Com efeito, exatamente porque criada, repita-se, pela própria Instituição, setor de apoio com finalidade tão específica, denota-se a impossibilidade da intimação a ser procedida diretamente na pessoa física do membro do Parquet. Mas, registre-se, a cientificação se faz, inequivocamente, em conformidade com a determinação legal, certo que há de ser levada a efeito, insista-se, em obsequio das prerrogativas conferidas à Instituição.

4. Recurso não conhecido.

VI - **A liminar pedida** é no sentido de que se suspendam, em relação ao paciente, até o julgamento do habeas corpus ora requerido, os efeitos do acórdão condenatório.

Ora, **a)** se é certo que os autos foram buscados na secretaria da Vara por funcionário do Ministério Público no dia 19 de dezembro, como se vê de fls. 508v. (cópia anexa); e **b)** o Ministério Público só apelou no dia 7 de janeiro, ou seja, 14 dias depois de vencido o quinquídio; **c)** não pode haver dúvida alguma de que o recurso foi intempestivo, sabido que **d)** no processo penal 'todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado' (CPP, art. 798, caput).

Desse modo, **a)** comprovada documentariamente a intempestividade; e **b)** sendo o acórdão, por isso mesmo, de ser cassado; **c)** caso é de impedir-se, com a concessão de liminar, a desumanidade da execução direta do acórdão ilegal, que configuraria a crueldade de uma penalidade puramente processual.

Nestes termos, para que seja concedida a liminar e, a final, cassado o acórdão e restabelecida, em consequência, a r. sentença de primeiro grau, que é correta,

P. deferimento.

De Belo Horizonte p/ Brasília, em 18 de fevereiro de 2004".

José Barcelos de Souza

Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais aposentado, professor do curso de pós-graduação da Universidade Cândido Mendes e diretor do Departamento de Direito Processual Penal do Instituto dos Advogados de Minas Gerais

José Barcelos de Souza



IBCCRIM

INSTITUTO BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
- IBCCRIM -
(FUNDADO EM 14.10.92)

DIRETORIA DA GESTÃO 2003/2004

COORDENADORES ESTADUAIS:

- AMAPÁ
• **João Guilherme Lages Mendes**
E-mail: juiz.lages@tjap.gov.br
- AMAZONAS
• **Ana Beatriz Baraúna Lopes**
E-mail: anabbl@hotmail.com
• **Fabiola Monteconrado Ghidalevich**
E-mail: monteconrado@argo.com.br
- BAHIA
• **Selma P. de Santana**
Tel. com.: (71) 362-6125
• **Elmir Duclerc**
E-mail: elmird@mp.ba.gov.br
- CEARÁ
• **Fernando Luiz Ximenes Rocha**
E-mail: fernandoximenes@secrel.com.br
- DISTRITO FEDERAL
• **Carmen da Costa Barros**
E-mail: ccbarros@terra.com.br
• **Heloisa Estellita**
E-mail: helo.estellita@uol.com.br
- MINAS GERAIS
• **Liliane Cristina de Oliveira**
E-mail: liliane@passosuemg.br
• **Marcelo Leonardo**
E-mail: marceloleonardo@uol.com.br
- PARÁ
• **Edmundo Alberto Branco de Oliveira**
E-mail: Edmundo@directbr.com.br
- PARAÍBA
• **Oswaldo Trigueiro Filho**
Tel. com.: (83) 2106-9294
• **Felipe Augusto Forte Negreiros Deodato**
Tel. com.: (83) 243-1043
- PARANÁ
• **Maurício Kuehne**
E-mail: luciano.kuehne@mais.sul.com.br
- PERNAMBUCO
• **Nilzardo Carneiro Leão**
E-mail: [Nilzardo@aol.com](mailto:nilzardo@aol.com)
- MATO GROSSO DO SUL
• **Fabio Trad**
E-mail: fttrad@terra.com.br
- RIO DE JANEIRO
• **Maria Lúcia Karam**
E-mail: malu@centroin.com.br
- RIO GRANDE DO SUL
• **Fabio Roberto D'Ávila**
E-mail: Fabio_davila@hotmail.com
• **Paulo Vinicius Sporleder de Souza**
E-mail: pvcolimbra@hotmail.com
- RIO GRANDE DO NORTE
• **Lena Rocha**
Tel. coml. Fórum: (084) 214-0210
- SANTA CATARINA
• **Felipe Cardoso Moreira de Oliveira**
E-mail: felipe@moreiradeoliveira.com.br

Entre em contato com o coordenador de seu Estado para celebração de convênios, propôr e divulgar cursos, enviar artigos e se informar.
Participe!

I CICLO REGIONAL DE PALESTRAS DO IBCCRIM – MONTE ALTO/SP

O IBCCRIM, em parceria com a OAB – Subseção de Monte Alto/SP, realizará, nos dias 12 e 13 de maio, palestras com os doutores **Alberto Silva Franco**, **Marco Antonio R. Nahum** e **Roberto Podval**.

Informações e inscrições pelo telefone (16) 9777-7566 ou pelo e-mail: eventos@ibccrim.org.br

II CICLO REGIONAL DE PALESTRAS DO IBCCRIM – ARARAQUARA/SP

O IBCCRIM, em parceria com a OAB – Subseção de Araraquara/SP, realizará, nos dias 10 e 11 de maio, palestras com os doutores **Alberto Zacharias Toron**, **Maurício Zanoide de Moraes** e **Theodomiro Dias Neto**.

Informações e inscrições pelo telefone (16) 9777-7566 ou pelo e-mail: eventos@ibccrim.org.br

AS RAZÕES DA APLICABILIDADE DO ARTIGO 9º DA LEI 10.684/03 (PAES) EM RELAÇÃO ÀS PESSOAS FÍSICAS

Flávio Augusto Maretti Siqueira

Flávio Augusto Maretti Siqueira

I. O regime jurídico-penal dos parcelamentos

Inicialmente devemos consignar que o Brasil possui uma das mais elevadas cargas tributárias do planeta, pois possuímos um vasto rol de tributos que onera a renda da população e não é aplicado da maneira esmerada na dissolução dos problemas sociais que assolam o País, não conseguindo arcar com as despesas internas do governo pátrio e promover o desenvolvimento nacional na sua plenitude.

Em razão dessa forte incidência de tributos, a arrecadação, logicamente, decai por uma insuficiência de recursos para conseguir manter o adimplemento. E mesmo se conseguisse quitar os débitos, de forma diuturna poderíamos verificar que o cidadão é obrigado a assumir outros gastos, tais como aqueles com a educação, saúde, alimentos, vestuário. Isso gera que a obrigação tributária fique relegada a segundo plano e isso tem como consequência a inadimplência e algumas vezes a ocorrência da sonegação fiscal justamente para suprir necessidades primárias.

A dívida tributária faz com que surja o procedimento administrativo tributário em seguida, sendo a inscrição em dívida ativa e a transformação em título executivo extrajudicial submetidas à execução fiscal da Lei nº 6.830/80. Mas durante essa execução e esse procedimento administrativo podem surgir soluções extrajudiciais para o restabelecimento do crédito tributário, isso através dos parcelamentos firmados junto à Receita Federal ou Procuradoria da Fazenda Nacional.

Esses parcelamentos geram reflexos tributários e penais, tendo uma função jurídica e social importante. No campo tributário funcionam como uma causa suspensiva da exigibilidade do crédito (art.151,VI,CTN). Na área penal, por sua vez, apresentam diferentes desmembramentos.

Inicialmente, o artigo 34 da Lei nº 9.245/95 gerou problemas redacionais, isso porque a expressão “promover o pagamento pelo oferecimento” apresenta uma pluralidade de sentidos. Para muitos é entendida como o ato de pagar na integralidade, sendo que o parcelamento prévio ao oferecimento da denúncia não possui efeitos, além de uma mera atenuante genérica. Para outros o ato de promover é a demonstração do intuito de pagar, sendo o parcelamento elemento que obsta a justa causa para a ação penal. Além desse problema, outro está na correlação da formação da *opinio delicti* sem o recebimento; então a denúncia mal formulada pode ensejar o não conhecimento da arrecadação integral, quando o ideal é justamente a ocorrência do “recebimento da denúncia”.

Na seara da pessoa jurídica, a legislação é muito mais benevolente, pois no antigo Refis podemos reparar que o parcelamento é causa

extintiva da punibilidade, desde que o pagamento ocorra antes do recebimento da denúncia. Em longa data, as Cortes Brasileiras entendem que o parcelamento aqui se equipara ao pagamento em si.

II. PAES (o novo Refis)

O artigo 9º da nova lei do Refis diz: “É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. § 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. § 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios”.

Essa lei é muito mais condescendente com os empresários que sonegaram tributos, pois basta o parcelamento para que se tenha a suspensão do processo, ou seja, o juiz não recebe a denúncia e diligência temporariamente para verificar o cumprimento do parcelamento. No caso de ter recebido a inicial penal, o magistrado irá *ex officio* suspender a instrução penal e oficiar periodicamente à Receita Federal para saber se o pagamento vem sendo efetuado esmeradamente.

Adiante, podemos verificar que durante a inclusão do Refis é normal a exclusão por inadimplemento, haja vista a forte crise econômica e instabilidade no plano econômico. Muitas vezes o empresário se vê diante de situações em que ou mantém o negócio funcionando com dificuldades ou adimple o tributo.

Nesse diapasão, a potencial consciência da ilicitude pode ser demonstrada, mas, além disso, convém lembrarmos que pode haver recurso administrativo objetivando a reinclusão no Refis. No transcurso do recurso, a prudência é demandada, uma vez que o aguar do do recurso administrativo é a melhor escolha ao Ministério Público, pois a prescrição fica suspensa e não há prejuízo para a ação penal, podendo o MP, se quiser, requerer alguma prova urgente por analogia ao artigo 366 do CPP ou ao artigo 846 do CPC.

III. Os fundamentos da aplicação do novo Refis às pessoas físicas

3.1. Princípio constitucional tributário da capacidade contributiva no Imposto de Renda

O princípio da capacidade contributiva está insculpido no artigo 145, § 1º, da CR e diz: “Sempre que possível, os impostos terão

caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”.

Ou seja, a tributação é escalonada, com o atendimento aos anseios basilares da função de tributar que é a ponderação das possibilidades econômicas do sujeito passivo da obrigação tributária. O Fisco deve estabelecer suas alíquotas com fundamento na individualização ou setorização da carga tributária em agrupamentos unidos por características individuais semelhantes, no caso do IR, o valor do patrimônio do contribuinte, com vistas a não realizar uma tributação confiscatória, o que é terminantemente proibido nos lindes da Carta Constitucional (artigo 150, IV, CR).

O Imposto de Renda é uma espécie de tributo pessoal, ou seja, se orienta em razão da pessoa, possuindo como fato gerador o valor acumulado dos bens e rendas da pessoa no transcurso do ano. Justamente por isso é possível o fracionamento em certas classes em função da renda agregada.

O mandamento nuclear do sistema tributário visa não se olvidar das diferenças de riquezas, no teor dos patrimônios, não esquecendo da circulação de crédito e de valores, nos quais a carga tributária será incidente. Não fugir dos desníveis de renda é fulcral para a manutenção da equidade tributária.

Luciano Amaro assinala: “Porém, na formulação jurídica do princípio, não se quer apenas preservar a eficácia da lei de incidência (no sentido de que esta não caia no vazio, por falta de riqueza que suporte o imposto); além disso, quer-se preservar o contribuinte, buscando-se evitar que uma tributação excessiva (inadequada à sua capacidade contributiva) comprometa os seus meios de subsistência, ou a livre exploração de sua empresa, ou o exercício de outros direitos fundamentais, já que tudo isso relativiza sua capacidade econômica”⁽¹⁾.

E prossegue: “O princípio da personalização do imposto foi contemplado, não se quer apenas ao lado da capacidade econômica. A personalização, que também deve ser buscada pelo legislador ‘sempre que possível’, traduz-se na adequação do gravame fiscal às condições pessoais de cada contribuinte. É óbvio que não se pretende definir na lei o imposto de cada pessoa, mas sim estruturar o modelo de incidência de tal sorte que, na sua aplicação concreta, tais ou quais características dos indivíduos (número de dependentes, volume de despesas médicas, etc.) sejam levadas em consideração para efeito de quantificação do montante do imposto devido em cada situação concreta”⁽²⁾.

Pois bem. Se a pessoa jurídica vivenciar

→ momentos de instabilidade econômica e não auferir rendas elevadas em um ano, o ordenamento jurídico permite a ela que parcele e suspenda o curso do processo penal, ao passo que, se a pessoa física passar pelas mesmas dificuldades, não poderá invocar tal benefício legal, conforme a lei. Se a capacidade contributiva é auferir mais, pagar mais, por que a pessoa física que auferir proporcionalmente o mesmo que a jurídica, possuidora de menor capacidade de pagamento, não poderá se socorrer desse princípio para buscar amparo contra a pretensão punitiva?

3.2. Princípio da isonomia

Outro ponto que merece destaque dentro da concessão do benefício é a igualdade, pois se a justiça é valor orientador da Constituição (Preâmbulo Constitucional), sendo a sociedade justa um dos objetivos da República e em sendo todos iguais perante a lei, por que fulcrar uma interpretação restritiva do sentido do artigo 9º?

A justiça deve ser na implementação de políticas de obtenção de créditos e no auxílio e recuperação dos inadimplentes, que assim se tornam, muitas das vezes por um revés econômico não previsto por eles. A oscilação econômica não pode permitir que o indivíduo seja condenado por afastar o pagamento tributário para atender necessidades primárias.

Se o parcelamento para a pessoa jurídica visa a preservação da empresa, o para a pessoa física visa manter a sua própria dignidade, além da vida, saúde, lazer, alimento, etc. A lesão será de monta equivalente em não se permitir a equiparação.

Então, por que permitir à pessoa jurídica com maior capacidade de quitar os débitos o privilégio de ver suspensa a persecução criminal e não o fazer em relação à pessoa física? Os infortúnios financeiros não elegem afligir essa ou aquela pessoa, seja física ou jurídica, pois atingem as pessoas e o mercado como um todo, por isso entendemos caber a mesma razão, tratando igualmente as pessoas físicas e jurídicas e equiparando-as em função do parcelamento, seja PAES ou não.

3.3. A interpretação extensiva

Achamos que desafia ainda o artigo 9º uma interpretação extensiva, objetivando nitidamente alcançar uma justiça.

Francisco de Assis Toledo esclarece que: “Na interpretação extensiva amplia-se o espectro de incidência da norma legal de modo a situar sob seu alcance fatos que, numa interpretação restritiva (procedimento oposto), ficariam fora desse alcance”⁽³⁾.

A restrição legal às pessoas físicas de parcelar, ao nosso ver, malgrado texto legal existente em sentido contrário, não merece prosperar e dar ensejo à exclusão da pessoa física. O ato de a pessoa jurídica adentrar no PAES é o de aderir a uma forma especial de reabilitação fiscal, e a conduta de administrativamente firmar parcelamento possui, na essência, o mesmo significado, ou seja, demonstra a vontade de adimplir seus débitos tributários; portanto,

entendemos que o artigo 9º merece ser ampliado para buscar algo benéfico ao réu, extraído das palavras do artigo justamente por ser uma medida de justiça.

IV. Os reflexos processuais penais da interpretação analógica do PAES em relação às pessoas físicas

A ação constitucional de *habeas corpus* é o meio hábil para se trancar a persecução penal, isso porque, inexistindo elementos que mantenham a autorização da deflagração da instância penal, nos depararemos com a falta de justa causa para o processo e vislumbraremos a existência de constrangimento ilegal, com supedâneo nos artigos 5º, *caput* e LXVIII, da CR, c/c o artigo 648, I, do CPP, o artigo 151, VI, do CTN e o artigo 9º da Lei do PAES, devendo a ação ficar suspensa até o pagamento, quando o juiz decretará extinta a punibilidade.

Mas durante a suspensão, o julgador deverá prudentemente realizar a ocorrência sistemática de diligências junto à Procuradoria da Fazenda e à Receita Federal visando saber do parcelamento, e no caso de exclusão do Refis/descumprimento do parcelamento deve-se aguardar o trâmite do recurso em processo administrativo visando a reinserção no regime. Em caso do magistrado prosseguir a instrução, no fluir do recurso caberá correção parcial por nos depararmos com uma inversão tumultuante nos atos do processo e, em se cuidando de condenação imotivada, por ter sido a empresa reinscrita no PAES, é plenamente cabível Apelação ou Revisão Criminal.

V. Conclusões

Por medida de justiça é plenamente cabível a equiparação para efeitos tributários e penais das pessoas físicas às jurídicas, pois como vimos com base no princípio da capacidade contributiva se poderia tolerar um processo penal cuja incidência típica foi a mesma, com distinção apenas pela forma de aquisição da personalidade e capacidade civil, uma pelo registro e outra pela maioridade. O ideal é equiparar o parcelamento ao PAES e termos a suspensão do processo, salvo na hipótese de pagamento prévio ao recebimento da inicial penal, situação esta que permitirá, de plano, a extinção da punibilidade do contribuinte.

O Direito Penal, com base na intervenção mínima, não pode ser meio eficaz de execução do tributo pela coerção do processo penal, que aliás não se presta a tal atividade. ☐

Notas

- (1) **AMARO, Luciano.** *Direito Tributário Brasileiro*. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003. p. 137.
- (2) *Idem, ibidem*, p. 139.
- (3) **TOLEDO, Francisco de Assis.** *Princípios Básicos de Direito Penal*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1986. p. 26.

Flávio Augusto Maretti Siqueira
Estudante de Direito da UNAERP
(Universidade de Ribeirão Preto)

Flávio Augusto Maretti Siqueira

Entidades que assinam o Boletim:

— AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas
- Ministério Público do Amazonas

— CEARÁ

- Associação Cearense de Magistrados

— DISTRITO FEDERAL

- Associação dos Juizes Federais do Brasil - AJUFE
- Associação dos Magistrados do Distrito Federal

— ESPÍRITO SANTO

- Ministério Público do Estado do Espírito Santo

— GOIÁS

- Associação Goiana do Ministério Público
- Associação dos Magistrados do Estado de Goiás - (Asmeço)

— MATO GROSSO DO SUL

- Associação dos Delegados de Polícia de Mato Grosso do Sul
- Associação Sul-Matogrossense do Ministério Público
- Sindicato dos Defensores Públicos do Mato Grosso do Sul

— MINAS GERAIS

- Curso A. Carvalho Sociedade Ltda. - Belo Horizonte
- Praetorium - Instituto de Ensino, Pesquisa e Atividades de Extensão em Direito Ltda.
- Sindicato dos Delegados de Polícia Federal em Minas Gerais - SINDPF/MG

— PARÁ

- Associação do Ministério Público do Estado do Pará

— PARANÁ

- Ministério Público do Estado do Paraná

— RIO DE JANEIRO

- Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - FESUDEPERJ

— RIO GRANDE DO SUL

- Associação dos Delegados de Polícia do Rio Grande do Sul - ASDEP/RS

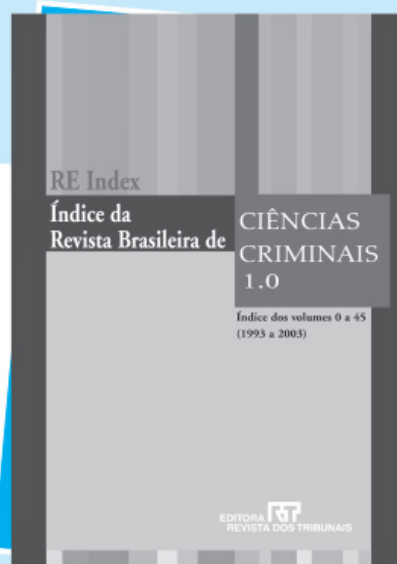
— SANTA CATARINA

- Associação Catarinense do Ministério Público

— SÃO PAULO

- Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal - Rg. SP - ADPF
- Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
- Curso Anglo Triumphus - Sorocaba
- Curso C.P.C.
- Ordem dos Advogados do Brasil
- Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
- Veredito Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas - Campinas

lançamentos RT

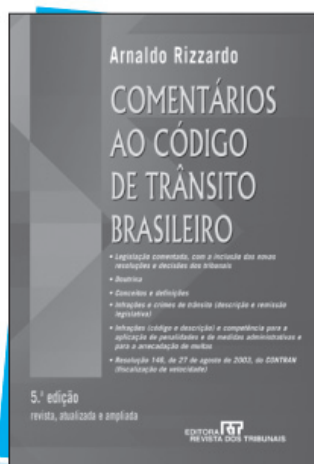


RE Index

**Índice da Revista Brasileira de Ciências Criminais
volumes 0 a 45**

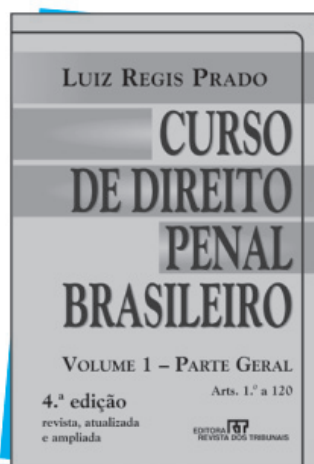
O assinante da Revista Brasileira de Ciências Criminais pode consultar o índice deste periódico em seu computador. Trata-se de um CD no qual estão reunidos os índices dos volumes 0 a 45. Desenvolvido com a tecnologia Folio, o novo produto REIndex distingue-se pela simplicidade e eficácia de utilização, pois permite localizar rapidamente em qual volume e em que página está o acórdão ou artigo científico necessário para suas atividades. Basta clicar nas opções desejadas ou em todas simultaneamente. Pode-se realizar a pesquisa em doutrina, jurisprudência e/ou legislação, por período, título do artigo ou acórdão e/ou autor doutrinário. Depois, basta ir diretamente no resultado encontrado em seu periódico.

cód. 002562



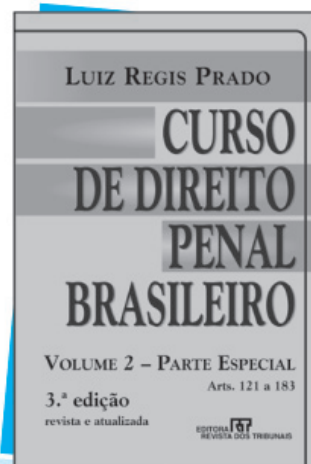
910 páginas • cartonado

cód. 002535



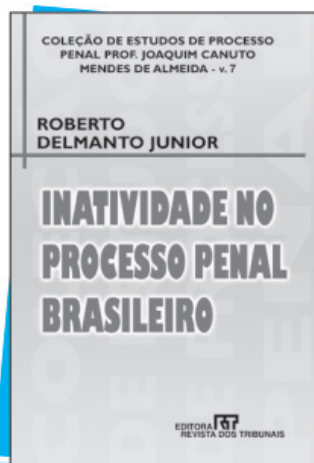
794 páginas • brochura

cód. 002528



670 páginas • brochura

cód. 002490



384 páginas • brochura

cód. 002537



848 páginas • brochura

Adquira estas e
outras obras em
www.livrariart.com.br

**livraria
RT**

EDITORA RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS
www.rt.com.br
Atendimento ao consumidor
0800 702 2433