

BIBLIOTECA

A Biblioteca do **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim** está aceitando a colaboração graciosa dos associados na indexação dos livros e periódicos de seu acervo.

Recomenda-se que o interessado tenha conhecimento em inglês, francês ou italiano, e, se for estudante, esteja cursando o 4º ano da Faculdade de Direito.

Informações com Margareth pelo telefone (0XX11) 3105-4607.

VEJA NA RBCCrim Nº 28 (dez./99) os artigos:

Doutrina Nacional

- Crimes de Colarinho Branco: Novos Perseguidos - *Alberto Zacharias Toron*
- Novas Penas "Alternativas" - Uma Análise Pragmática - *Cezar Roberto Bitencourt*

Doutrina Internacional

- Consensualismo e Prisão - *Anabela Miranda Rodrigues*
- La Culpabilidad en el Siglo XXI - *Eugenio Raúl Zaffaroni*

Criminologia e Medicina Legal

- Razões e Perspectivas da Violência e da Criminalidade: Uma Análise Sob o Enfoque da Criminologia Clínica - *Alvino Augusto de Sá*

Jurisprudência Comentada

- O Exame da Prova em Habeas Corpus - *Ranulfo de Melo Freire*

**ENCONTRA-SER À DISPOSIÇÃO
DOS ASSOCIADOS, NA
BIBLIOTECA DO IBCCRIM,
O TEXTO DA
LEI Nº 9.868, DE 10.11.99,
SOBRE AÇÃO DIRETA
DE INCONSTITUCIONALIDADE E
DA AÇÃO DECLARATÓRIA
DE CONSTITUCIONALIDADE.**

Discurso Rouco ou Ouvido Mouco?

LUCI GATI PIETROCOLLA e JACQUELINE SINHORETTO

E escrever sobre a Febem? O quê de novidade há para criticar? Quais são as novas propostas ainda não debatidas? Quem não conhece os detalhes do modo como os jovens adolescentes infratores são tratados no interior da instituição? Enfim, o que dizer da Febem que ainda não foi dito e debatido?

Ao mesmo tempo, não tocar nesse tema é de um conformismo insuportável. É impossível dissimular a indignação diante da mesmice. De todos os problemas, fartamente expostos pela mídia, por intelectuais, por militantes e políticos, o mais grave é a necessidade de insistir sempre nos mesmos problemas. Só para relembrar o leitor: a descentralização do atendimento aos infratores, a ausência de um projeto pedagógico, a carência de investimentos, a integração das políticas públicas destinadas ao adolescente, a hipervalorização da internação como medida socioeducativa entre outros.

O discurso é rouco ou o ouvido é mouco? A repetição do discurso banalizou-o, a despeito da força dos seus argumentos? Ou alguém se omite ao deixar que o discurso entre por um ouvido e saia pelo outro, deixando o drama da Febem na responsabilidade de um sujeito oculto: o Estado, a família, a sociedade, o capitalismo, a globalização.

Na verdade, o problema se perpetuará enquanto cada um imputar a "culpa" sobre o outro, como se pudéssemos nomear o responsável pelo funcionamento de um sistema social que exclui e segrega. Como se o Estado não fosse constituído de pessoas que estão implementando ou deixando de implementar projetos. E como se a sociedade não fosse constituída de pessoas que votam, que se organizam ou deixam de se organizar. É como se o problema do ato infracional pudesse se resolver apenas com políticas criminais ou, o que é pior, apenas com a construção de 20 ou 30 novas unidades prisionais.

No momento, discute-se a descentralização da Febem. E não se nega a validade das soluções emergenciais, até mesmo porque a descentralização é peça fundamental no projeto que orienta a discussão sobre o adolescente infrator nos marcos da democracia, da garantia dos direitos, enfim, do discurso que incansavelmente se repete desde a elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O temor é o de que mais uma vez vejamos o empenho do Executivo numa solução emergencial, sem a adesão dos atores sociais concretos a uma nova atitude em relação ao infrator.

A lei em vigor, que encarna o atual proje-

to para o adolescente infrator, prioriza a aplicação das medidas socioeducativas em meio aberto, reservando a internação para os casos excepcionais. Mas o Judiciário paulista faz da exceção regra, contribuindo para a superlotação dos estabelecimentos fechados e o Executivo os mantém como verdadeiros cárceres. O resultado disso aparece na mídia sob a forma de sucessivas rebeliões e contagem de mortos. O cidadão assustado se tranca em casa, e adere ao discurso da exclusão e da segregação, cobrando mais punição, redução da idade mínima para 16 anos e, em alguns casos, até o extermínio. O medo passa a orientar as ações. O discurso vai ficando rouco e os ouvidos se fazem de surdos no seu descompromisso.

E quando o cidadão decide participar de algum ato público pela cidadania acaba por fazê-lo ingressando numa passeata contra a implantação de unidades da Febem no município, como já se verificou no interior de São Paulo. Como implantar um projeto de ressocialização de infratores se a comunidade onde vivem deseja cada vez mais excluí-los? Conversa de surdos.

Quando se fala de um Estado comprometido com a questão do adolescente esse compromisso não pode se restringir às políticas de repressão. Há que se efetivar políticas sociais que possibilitem a prevenção dos delitos, a integração dos jovens no mundo da legalidade e com a sua comunidade de origem. Há que se pensar numa Justiça efetivamente comprometida com o projeto de ressocialização dos infratores. E esse compromisso só pode ser cumprido com a integração dos diferentes setores do Estado envolvidos no atendimento aos adolescentes.

E não se pode esquecer sobretudo que a ressocialização dos infratores tem que ser uma prioridade para a comunidade de onde vem o jovem. Se a comunidade de origem, a família, o bairro, a cidade não aceita o infrator como um de seus membros, dele não se ocupa, procura manter distância do problema, não cuida para que ele tenha educação, cidadania, emprego, moradia, saúde, então o discurso sobre o adolescente infrator será sempre um discurso sobre a exclusão.

Luci Gati Pietrocolla é doutora em Sociologia e diretora do Núcleo de Pesquisas IBCCrim e Jacqueline Sinhoretto é mestranda em Sociologia e coordenadora do Núcleo de Pesquisas IBCCrim.

ÍNDICE

Boletim IBCCrIm - Dezembro/99 - n° 85

- Discurso Rouco ou Ouvido Mouro? 01
- *Luci Gati Pietrocolla e Jacqueline Sinhorotto* 01
- Suspensão Condicional do Processo e Concurso de Crimes 02
- *Damásio E. de Jesus* 02
- A Investigação Criminal Direta Pelo Ministério Público e a Inexistência de Impedimento/Suspeição Para o Oferecimento da Denúncia 03
- *Cristiano Chaves de Farias* 03
- Da Moralidade da Proteção aos Réus Colaboradores 04
- *Eduardo Araújo da Silva* 04
- A Perícia do Erro Médico 05
- *Genival Veloso de França* 05
- O Art. 127 da LEP Não Alcança os Dias Declarados Remidos Por Sentença Transitada em Julgado 07
- *José Fernando Seifarth de Freitas* 07
- A Exata Dimensão do Controle Externo da Polícia Pelo Ministério Público 08
- *Abrahão José Kfoury Filho* 08
- Perda de Bens e Multa Substitutiva 10
- *Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Junior e Fábio M. de Almeida Delmanto* 10
- Os Crimes Relacionados ao Jogo de Bingo e a Máquina Caça-Niqueis Como Jogo de Azar 11
- *Antonio Celso Campos de Oliveira Faria* 11
- O Decreto nº 3.226, de 29 de Outubro de 1999: O Pecado Original e os Heresges do Fim do Milênio 12
- *Beatriz Rizzo Castanheira e Carmen Silva de Moraes Barros* 12
- O Futuro das Prisiones ou a Prisão do Futuro 13
- Legislação: Decreto nº 3.226, de 29 de Outubro de 1999 ... 14
- Com a Palavra, o Estudante: Prisão em Flagrante: Aspectos Sociais e Sua Importância Processual 15
- *Eduardo de Paula Machado* 15

Caderno de Jurisprudência

- O Direito Por Quem o Faz: Erro Judiciário, Que Levou à Prisão Indevida, Enseja a Reparação dos Danos Material e Moral 403
- Supremo Tribunal Federal 405
- Superior Tribunal de Justiça 406
- Tribunal Regional Federal 407
- Trib. Sup. Eleitoral/Trib. Reg. Eleitoral 408
- Tribunal de Justiça 409
- Tribunal de Alçada Criminal 410



INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

(IBCCrim) FUNDADO EM 14-10-92

Diretoria da gestão 99/00

Presidente: Carlos Vico Mañas

Vice-presidente: Tatiana Viggiani Bicudo

2º Vice-presidente: Marcio Orlando Bártoli

1º Secretário: Geraldo de Faria Lemos Pinheiro

2º Secretário: Carlos Alberto Pires Mendes

3º Secretário: Sílvia Helena Furtado Martins

Tesoureiro: Adriano Salles Vanni

Tesoureiro-adjunto: Márcia Maria Silva Gomes

Diretor da Biblioteca: Alberto Silva Franco

Diretor de Cursos: Maurício Zanoide de Moraes

Dir. da Revista - RBCCrim: Ana Sofia Schmidt de Oliveira

Diretora do Boletim: Berenice Maria Giannella

Dir. de Relações Internacionais: Fauzi Hassan Choukr

Diretora do Núcleo de Pesquisas: Luci Gati Pietrocolla

BOLETIM IBCCrIm

Editora do Boletim: Berenice Maria Giannella

Jornalista: Gisele Vieira (MTb. 25.414)

Diagramação, Composição, Montagem e Fitolito:

Ameruso Artes Gráficas - Tel. 215-3596

Impressão: Ativa/M - Editorial Gráfica - Tel. 3277-9181

Tiragem: 20.000 exemplares

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

Correspondência: IBCCrIm -
Rua XI de Agosto, 52 - 2º andar -
CEP 01018-010 - S. Paulo - SP
Tel.: (011) 3105-4607 (tranco-chave)
http://www.ibccrim.com.br
e-mail:ibccrim@mgnet.com.br

Suspensão Condicional do Processo e Concurso de Crimes

DAMÁSIO E. DE JESUS

Nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Criminais), é admissível a suspensão condicional do processo, que batizamos de "*sursis* processual", nas hipóteses de pena mínima abstrata igual ou inferior a um ano de privação de liberdade.

Como deve ser considerada a **pena mínima** no caso de concurso de crimes (material, formal e delito continuado)?

Há três orientações:

1ª - As infrações penais que compõem o concurso devem ser consideradas isoladamente, desprezando-se o acréscimo do concurso formal e do crime continuado: o Juiz deve apreciar a aplicação da medida em relação a cada crime. Assento legal: CP, art. 119; Súmula 497 do STF. Nesse sentido: **Ada Pellegrini Grinover et al.**, "*Juizados Especiais Criminais*", 3ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 254 e 256; **Damásio E. de Jesus**, "*Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*", 4ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1997, p. 122 e 123;

2ª - A expressão "pena mínima cominada" requer interpretação restritiva: no concurso de crimes, seja material (CP, art. 69), formal (art. 70) ou delito continuado (art. 71), as penas mínimas abstratas devem ser somadas, levando-se em conta o acréscimo (do concurso formal e do crime continuado; arts. 70 e 71). Nesse sentido: STJ, *HC* nº 9.066, 5ª Turma, rel. ministro **Félix Fischer**, DJU 14.06.99, p. 216; STJ, *RHC* nº 8.397, 6ª Turma, rel. ministro **Vicente Leal**, DJU 21.06.99, p. 202; STJ, *HC* nº 8.976, 5ª Turma, rel. ministro **José Arnaldo**, DJU 13.09.99, p. 78; STJ, *HC* nº 9.753, 5ª Turma, rel. ministro **Edson Vidigal**, DJU 13.09.99, p. 81. Nesse sentido, na doutrina: **René Ariel Dotti**, "*Conceitos e distorções da Lei nº 9.099/95*", in "*Temas de Direito e Processo Penal, Juizados Especiais Criminais*", org. **Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo**, São Paulo, Malheiros Editores, 1997, p. 47;

3ª - Se, com a causa de aumento, no caso do concurso formal e do crime continuado (CP, arts. 70 e 71), a pena mínima ultrapassa o limite legal, é inadmissível a medida. Nesse sentido: STF, *HC* nº 78.876, rel. ministro **Maurício Corrêa**, DJU 28.05.99, pp. 6 e 7;

STJ *RHC* nº 8.093, 5ª Turma, rel. ministro **Gilson Dipp**, DJU 17.05.99, p. 219; STJ, *RHC* nº 8.331, 5ª Turma, rel. ministro **Gilson Dipp**, DJU 17.05.99, p. 220.

Acompanhando a jurisprudência em relação ao concurso de crimes, temos notado nos últimos meses a formação de forte corrente no sentido da aplicação restritiva do instituto no que tange à quantidade da pena. Fundamento: o sujeito que cometesse vinte ou trinta estelionatos, cuja pena mínima abstrata é de um ano de reclusão, poderia obter a suspensão do processo (TACrimSP, ACrim nº 1.100.629, 1ª Câmb., j. 05.11.98, rel. juiz **Pires Neto**, RT, 761:618).

Sustentamos nossa opinião. No que se refere à quantidade da pena mínima abstrata, não vemos como possam ser somadas as cominações para efeito de impedimento da medida. Cuida-se de instituto despenalizador, criado para beneficiar denunciados que apresentam condições pessoais favoráveis. Além disso, de ver-se o crime continuado: há a Súmula 497 do STF, recomendando a apreciação isolada de cada delito e o desprezo do acréscimo. Não se esqueça o art. 119 do CP, que pode ser aplicado por analogia, uma vez que o término da suspensão condicional do processo sem revogação enseja a extinção da punibilidade, segundo o qual as infrações em concurso merecem apreciação individual. Quanto ao argumento da quantidade de crimes (RT, 761:618), de observar-se que o art. 89, *caput*, da Lei nº 9.099/95, impõe como condição do "*sursis*" processual a presença dos requisitos de permissibilidade do *sursis* comum (CP, art. 77), dentre os quais se encontram as "circunstâncias" da prática do crime, subjetivas e objetivas, inserindo-se nestas a gravidade objetiva do fato, que poderia, pelo número de infrações em concurso, desautorizar a concessão. Nunca, porém, por causa da simples quantidade da soma das penas. Nesse sentido: **Ada Pellegrini Grinover et al.**, "*Juizados Especiais Criminais*", 3ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 255.

O autor é professor de Direito Penal em São Paulo e presidente do Complexo Jurídico Damásio de Jesus.

ARTIGOS PARA O BOLETIM

Todos os artigos objetivando publicação no **Boletim** devem ser enviados em envelope contendo gravação feita em disquete 3½ e processador de texto *Word for Windows*, além do texto impresso, ou remetidos via e-mail (ibccrim_public@mgnet.com.br). Solicitamos, ainda, que os artigos não ultrapassem o limite máximo de 120 linhas, em letra tamanho (corpo) 12, espaço duplo.

Sua participação é fundamental. Colabore!

A Investigação Criminal Direta Pelo Ministério Público e a Inexistência de Impedimento/Suspeição Para o Oferecimento da Denúncia

CRISTIANO CHAVES DE FARIAS

1. Prolegômenos

É fato certo e incontroverso que o Ministério Público, após o advento da Constituição da República de 1988, tornou-se instituição legitimada para atuação e condução de procedimentos administrativos tendentes à investigação criminal.

A norma esculpida no art. 129, incs. I, VI e VIII, ganhou especial relevo com o advento da Lei Complementar nº 75/93 (art. 8º, V e VII) — que disciplina e regulamenta os poderes e prerrogativas institucionais do MPU, aplicáveis aos MPs dos Estados, *ex vi* do art. 80, Lei nº 8.625/93 — assegurando a amplitude das atribuições ministeriais na investigação criminal.

Deste modo, forte no ordenamento jurídico-positivo, é lícito afirmar que o MP (como instituição essencial à garantia da ordem jurídica) pode **conduzir, participar ou acompanhar** investigações criminais *motu proprio* ou ainda, como já há muito previa o CPP (5º, II, e 13, II), pode **requisitar** à Polícia Judiciária que promova as diligências investigatórias.

Aliás, é princípio jurídico dos mais comensuráveis que *"quem pode o mais, pode o menos"*, ganhando, no caso vertente, a aplicação de que *"podendo o MP o mais, ou seja requisitar a instauração de inquérito e diligências investigatórias, obviamente poderá o menos, isto é, dispensar as requisições às autoridades competentes, colhendo diretamente a prova indiciária que deseja"*, como elucida **Marcellus Polastri Lima** (in *"Ministério Público e Persecução Criminal"*, Rio, Lumen Juris, 1997, p. 89).

Como corolário dessa legitimação ministerial investigatória tem-se a possibilidade do controle de legalidade de seus atos (tratando de agentes políticos), podendo ser tido como coator para fins de *habeas corpus* ou mandado de segurança.

Brilhante e digna de aplausos a observação do professor da matéria e procurador de Justiça no Rio de Janeiro, **Sérgio Demoro Hamilton**, destacando que de nada valeriam os poderes confiados à Instituição pela *Magna Charta*, como órgão defensor da sociedade, *"caso o Ministério Público não pudesse, 'sponte sua', promover de forma autônoma a investigação necessária"* (in *"Temas de Processo Penal"*, Rio, Lumen Juris, 1998, p. 214).

2. Amplitude das atribuições ministeriais na investigação criminal

Importa destacar, ainda, que o MP terá ampla atuação nas diligências investigatórias

que promover, visando apurar e desvendar infração penal, com vistas a criar um substrato mínimo que possibilite a deflagração da ação penal.

Não se pode deixar de reconhecer, pois, que ao incumbir-se da apuração de infração penal, o *Parquet* está **devidamente legitimado**, pela ordem jurídico-positiva vigente, a praticar todos os atos e diligências que se afigurarem necessários para a formação da *opinio delicti*. Impõe-se acrescer que as diligências e atos investigatórios promovidos pelo Ministério Público são, em verdade, de seu interesse pessoal e aproveitam a ele mesmo para a formação da *opinio delicti*, pelo que impossível obstar-se a tal procedimento.

"Não se pode deixar de reconhecer, pois, que ao incumbir-se da apuração de infração penal, o Parquet está devidamente legitimado, pela ordem jurídico-positiva vigente, a praticar todos os atos e diligências que se afigurarem necessários para a formação da opinio delicti"

Assim sendo, em casos excepcionais ou especiais, quando o *Parquet* entenda por bem participar diretamente das investigações penais, pode utilizar de **toda e qualquer** providência que vise dirimir o fato criminoso. Em hipóteses de grave repercussão pública (quando a opinião pública poderia influir no desate ou desenvolvimento das investigações) ou em casos outros nos quais a atividade policial possa sofrer influência política — até mesmo por não gozarem da garantia da inamovibilidade — impõe-se, em nome da própria coletividade, a atuação **direta e pessoal** do MP, que poderá formar um juízo de razão mais objetivo e direto.

É o que asseveram com perspicácia os procuradores da República **Aloísio Firmo G. da Silva**, **Mª Emilia Moraes de Araújo** e **Paulo Fernando Correa**, em judicioso trabalho publicado no *Boletim IBCCrim* (nº 66, maio/98, p. 252), destacando estarem *"compreendidos entre seus (do MP) poderes e prerrogativas institucionais o de produzir provas e investigar a ocorrência de indícios que justifiquem sua atuação na persecução penal preliminar (...) sempre que a atuação da Polícia Judiciária possa revelar-se insuficiente à satisfação do interesse público*

consubstanciado na apuração da verdade real."

Ou seja, o MP *"pode e deve (...) investigar diretamente os fatos criminosos"*, na incisiva e feliz expressão de **Romulo de Andrade Moreira** (cf. *"Revista do MP/BA"*, nº 9, Salvador, Ciência Jurídica, 1998, p. 49), inclusive simultaneamente ao IP, sempre que o interesse público (social) exigir.

Desse entendimento não discrepa **Hugo Nigro Mazzili**: *"Se não se admitisse a possibilidade de apuração autônoma de crimes (...) haveria grave risco de inviabilizar-se, em certos casos, a apuração administrativa de algumas infrações penais"* (in *"Manual do Promotor de Justiça"*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 179).

As nossas Casas Judiciais vêm garantindo essa possibilidade de ampla atuação investigatória do MP, como avulta do aresto do TRF-4ª R. (publ. DJU 16.07.97) e do STF (em RTJ 107:98 e Informativo STF 64 e 69).

3. Inexistência de impedimento/suspeição para o oferecimento de denúncia pelo MP investigador

Imperativo, ademais, destacar que inexistente qualquer impedimento ou suspeição para o oferecimento de denúncia, deflagrando ação penal, no fato de o membro do MP **atuar ou intervir nas investigações policiais** ou mesmo **promover diligências investigatórias motu proprio** (o que se inclui no rol de suas atribuições conferidas pela CR e por lei).

Veja-se que não há hipótese impeditiva ou de suspeição no **taxativo rol** do CPP, 252 e 254 — extensivo ao MP *ex vi* do art. 258. Então, impõe-se reconhecer a inexistência de causa que obste o oferecimento de denúncia pelo membro do MP que, na fase preliminar (investigatória), participou de diligências da Polícia Judiciária ou as realizou autônoma e diretamente.

O elenco das causas de impedimento e suspeição é *numerus clausus* e não comporta dilações! Nesse diapasão, a jurisprudência vem pacificando. Nesta trilha: TJ/SP (RT 699:328 e 542:333), TJ/PR (RT 665:314) e TJ/SC (RT 508:404).

Outrossim, destaque-se ser o *Parquet* **destinatário imediato** das investigações criminais, tendo interesse direto nelas, a fim de formar a sua *opinio delicti*. Ora, se pode requisitar diligências investigatórias, obviamente poderá realizá-las pessoalmente, tendo contato direto com os indícios e provas colhidos, amadurecendo sua convicção.

Como se não bastassem tais argumentos, é de ser destacado que o fato de participar ou presidir diligências investigatórias justifica, ainda mais vigorosamente, a legitimidade do representante ministerial para o ajuizamento da ação penal, porque encontrar-se-á mais habilitado para tal, ciente inteiramente dos acontecimentos.

Repita-se à saciedade: a **atividade investigatória é absolutamente intrínseca e inerente à condição de órgão acusador, por ser necessária a existência de um suporte probatório mínimo para o oferecimento de denúncia**. Equivale a dizer, a atividade de





investigar e apurar os fatos delitivos *in thesi* está atrelada à atividade de acusar em juízo, de deduzir a pretensão punitiva estatal, sendo uma suporte da outra.

Ademais, se a função de investigar é inerente e própria do múnus ministerial, inexistente, via de consequência, impedimento para o exercício da função de acusar em juízo, até mesmo por ser função complementar àquela. É o que sacramenta **Mirabete**: "*não constitui impedimento o fato de ter sido o representante do MP designado para acompanhar o inquérito policial, intervindo nas investigações, participando da coleta de provas, requisitando diligências, etc., pois tais funções são próprias do exercício do cargo*" ("CPP Interpretado", 3ª ed., São Paulo, Atlas, 1996, p. 305). Outra não é a cátedra de **Polastri Lima**: "*nenhuma contradição ou conflito existe em relação à colheita de provas e posterior oferecimento de denúncia por parte do MP*" (op. cit., p. 88).

A ilação que se infere é a única aceitável: não sendo possível o membro do MP que exerceu suas funções naturais, previstas pela CF e pela lei, investigando fato criminoso, de oferecer a denúncia, pena de colocar em xeque não somente sua dignidade pessoal e profissional (admitindo-o como suspeito de parcialidade), como toda a credibilidade da Instituição Ministerial, admitindo que não possuiria condições de fazer, isentamente, juízo de valor após promover investigações. Os tempos do Ministério Público perseguidor implacável já se foram (e de há muito!) e, hodiernamente, não mais se admite a figura do acusador sistemático!!! Os membros do MP devem "*ter o zelo pela justiça e não pela condenação*", como adverte com sabedoria **Mazzili** (cf. "*Regime Jurídico do Ministério Público*", 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, p.34).

Dando efetividade à tese ora esposada as nossas Cortes já têm precedentes diversos, como, *exempli gratia*, os que ora se transcrevem:

"*Regular participação do órgão do Ministério Público em fase investigatória e falta de oportuna arguição da suposta suspeição do magistrado. Pedido indeferido de 'HC'*" (STF, HC nº 75.769-3/MG, 1ª T., v.u., min. **Otávio Gallotti**, publ. DJU 28.11.97).

"*Não impede o promotor para a denúncia, o fato de sua designação para participar da coleta de provas informativas, nem a iniciativa de diligências investigatórias do crime*" (STJ, in JSTJ 22:247-8).

"*Processual Penal. Denúncia. Impedimento. Ministério Público. I - A atuação do Promotor na fase investigatória — pré-processual — não o incompatibiliza para o exercício da correspondente ação penal. II - Não causa nulidade o fato do promotor, para a formação da 'opinio delicti', colher preliminarmente as provas necessárias para a ação penal. III - Recurso improvido*" (STJ, RHC nº 3586-2/PA, Ac. unân. 6ª T., rel. min. **Pedro Aciole**, v.u., publ. DJU 30.05.94).

E mais: *Lex* 58:66 (TACrim./SP) e 56:328 (STF); RTJ 107:98 e 119:120 (STF); RT 665:342 (STJ), RJTJESP 120:589 (TJ/SP) e JTACRESP 36:63 (TACrim./SP).

Veja-se, inclusive, que no procedimento para apuração de ato infracional (ECA), o MP está incumbido de promover as diligências investigatórias previamente para, a depender de seu juízo de valor, deflagrar ação sócio-educativa em face do adolescente, inexistindo impedimento. Igualmente, pode o particular ofendido colher elementos probatórios para embasar a queixa-crime, no caso de ação penal privada, sendo enorme incongruência negar-se tal possibilidade ao promotor de Justiça ou procurador da República

que promoverem investigações.

Nesta linha de intelecção, sobreleva firmar posição, com segurança, arrimado na *communis opinio doctorum et consensus omnium jurisprudentium* alhures evidenciados, que inexistente incompatibilidade para a deflagração de ação penal, oferecendo denúncia, por parte do representante do MP que participou ou promoveu atividades investigatórias.

4. Conclusões

Frente às razões suso concatenadas, impõe-se concluir:

a) a CF previu a legitimidade ministerial para acompanhar as investigações policiais (direta ou indiretamente), como atividade de suporte à deflagração da ação penal, como corolário da titularidade exclusiva desta (*dominus litis poenalis*), podendo (e devendo) promover investigações criminais diretamente, autônomas, sempre que o interesse social exigir ou de acordo com a peculiaridade do caso, como reza a CF, 129, I, VI, VIII e IX;

b) ao investigar pessoalmente infrações penais ou quando acompanhar diligências policiais, não existe incompatibilidade do representante do MP para o oferecimento de denúncia ou pedido de arquivamento, por se tratar de função própria e essencial (a atividade investigatória) para o exercício da acusação;

c) não existindo previsão legal (CPP, 252, 254 e 258) de impedimento ou suspeição pode o membro do *Parquet* que investigou e colheu provas, atuar em juízo, uma vez que aquela atuação investigatória não lhe retira a necessária imparcialidade para defender os superiores interesses públicos do processo.

O autor é promotor de Justiça na Bahia e professor da Escola Superior do MP/BA.

Da Moralidade da Proteção aos Réus Colaboradores

EDUARDO ARAUJO DA SILVA

Recentemente o governo federal editou a Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, que estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção aos acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.

A tutela de vítimas, testemunhas e acusados que se dispõem a colaborar com a Justiça, reflete uma necessidade contemporânea, já consagrada em leis de outros países (por exemplo, a Lei italiana nº 82, de 15.03.91), pois o legislador se deu conta das limitações dos agentes estatais para investigar e reprimir certas formas de crimes, notadamente aqueles que apresentam conotações organizadas, que têm como um de seus traços característicos o alto poder de intimidação

social (cf., a propósito, **Wilfried Hassemer**, "*Segurança Pública no Estado de Direito*", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 5, jan./mar. 1994, p. 58).

Nesse rumo, seguindo a moderna tendência político-criminal, no Capítulo II da lei, o legislador disciplinou a proteção aos réus colaboradores, possibilitando ao juiz conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado primário que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo, de modo a possibilitar a identificação dos demais coautores ou partícipes, localização da vítima com a sua integridade física preservada ou recuperação total ou parcial do produto do roubo (art. 13).

Outrossim, para o indiciado ou acusado reincidente que colaborar nos mesmos termos acima mencionados, poderá o juiz, em caso de condenação, diminuir sua pena de um a dois terços (art. 14), o que não repre-

senta inovação na realidade jurídica brasileira, pois a Lei nº 8.072, de 25 de junho de 1990, já disciplinava a possibilidade do participante ou associado, que denunciar à autoridade, quadrilha ou bando formado para a prática de crimes hediondos, ter a pena reduzida no mesmo patamar (art. 8º, parágrafo único).

A propósito, o legislador italiano cuida distintamente dessas situações: os *pentiti* (arrepentidos) são delinquentes que antes da sentença condenatória se retiram da associação e fornecem todas as informações sobre a estrutura da organização, logrando a extinção da punibilidade; os *dissociati* (dissociados) são aqueles que, antes da sentença condenatória, esforçam-se para impedir ou diminuir consequências danosas ou perigosas de crimes, ou impedem a prática de crimes conexos e confessam todos os crimes praticados, obtendo a diminuição especial da pena de um terço; os "colaboradores" da Justiça são aqueles que, além dos comportamentos já referidos, também ajudam na coleta de provas decisivas, conseguindo a redução da pena de um terço até a metade (cf. **Silvia Reiko Kawamoto**, trabalho de aproveitamento no curso de pós-graduação da





USP, na disciplina Direito e Sociedade, junho de 1999).

Reforça-se, portanto, o instituto da colaboração premiada no Direito nacional, com a introdução da figura assemelhada aos *pentiti* do Direito italiano, como forma de possibilitar aos agentes do Estado romper as rígidas regras da lei do silêncio que caracterizam a criminalidade organizada (a *omertà* das organizações mafiosas italianas).

O exemplo mais eloquente do sucesso desse instrumento envolveu o ex-mafioso Thommaso Buscetta, que preso no Brasil em 1994, foi extraditado para a Itália, onde colaborou para o desmantelamento da Cosa Nostra, e depois para os Estados Unidos, onde testemunhou no processo "*Pizza Connection*", permanecendo sob a proteção da "*Marshalls*", organismo policial que cuida dos arrependidos que se dispõem a colaborar com a Justiça norte-americana (cf., nesse sentido, **Pino Arlacchi**, "*Adio Cosa Nostra - La Vita di Thommaso Buscetta*", Libri & Grandi Opere, Milão, 1984).

Entretanto, a moralidade da colaboração premiada é questionada por **Luigi Ferrajoli**, que vislumbra nessa atividade o perigo dos agentes estatais utilizar dos benefícios legais do instituto para pressionar o investigado ou acusado, que geralmente encontra-se fragilizado psicologicamente em razão de sua prisão preventiva, para influenciar no seu livre arbítrio, de modo a transformar as delações dos colaboradores no coração do processo, sem demais empenho na busca de novas modalidades probatórias (cf. "*Diritto e Ragione - Teoria del Garantismo Penale*", 5ª ed., Roma-Bari, Laterza, 1998, pp. 858/861).

Na mesma linha, **Sergio Moccia** vislumbra uma mera lógica contratual entre Estado e indivíduo, estranha ao Estado de Direito,

ante a possibilidade de coerção à cooperação, que reduz a colaboração apenas a um sistema útil para encorajar os colaboradores, quando em verdade a validade das delações deveria prevalecer unicamente quando tenham sido a expressão real da vontade individual livre, sem qualquer provocação ou instigação por parte dos agentes estatais (cf. "*Emergência e Defesa dos Direitos Fundamentais*", **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 25, jan./mar. 1999, p. 75).

"Malgrado o questionamento sobre a moralidade do instituto, hodiernamente dupla é sua vantagem: permite ao Estado quebrar licitamente a lei do silêncio que envolve as organizações criminosas, assim como colaborar para o espontâneo arrependimento do investigado ou acusado."

Essa salutar preocupação da doutrina italiana, que há quase dez anos convive com a aplicação prática do instituto, não pode ser olvidada: se de um lado a colaboração premiada emerge como um eficaz instrumento para a investigação da criminalidade organizada, de outro lado eventuais abusos na sua aplicação prática pelos agentes estatais podem comprometer a dignidade da pessoa do investigado ou acusado que, à evidência, jamais pode ser constrangido a confessar ou delatar seus co-autores ou partícipes, em troca de eventuais benefícios legais.

Entretanto, a solução desse conflito não parece ser a execração do novel instituto,

como defende parte da doutrina peninsular, mas o prudente **controle judicial** de sua aplicação prática. Como responsável pela concessão da premiação legal, deverá o magistrado no ato do interrogatório, assim como poderá em qualquer outro momento processual, por provocação ou de ofício, certificar-se da ausência de constrangimentos em relação à vontade do colaborador arrependido, de modo a identificar a espontaneidade de suas delações, para que possam produzir efeitos.

Ademais, impõe-se cautela no recebimento dessas colaborações, notadamente porque o legislador brasileiro não criminalizou a falsa colaboração, como fez o legislador italiano, apenando-a severamente, afigurando-se prudente a consideração dos critérios consagrados pela jurisprudência, para a validade das palavras de co-réu delator: a) verdade da confissão; b) inexistência de ódio, em qualquer das manifestações; c) inexistência de atenuar ou mesmo eliminar a própria responsabilidade.

Destarte, malgrado o questionamento sobre a moralidade do instituto, hodiernamente dupla é sua vantagem: permite ao Estado quebrar licitamente a lei do silêncio que envolve as organizações criminosas, assim como colaborar para o espontâneo arrependimento do investigado ou acusado. Em verdade, o que se apresenta reprovável moralmente, é o abuso por parte dos agentes estatais para a obtenção da delação premiada, impondo-se especial atenção dos magistrados nesse particular, de modo a assegurar as garantias do Estado Democrático de Direito.

O autor é promotor de Justiça em São Paulo, mestre e doutorando em Direito Processual Penal pela USP e professor da mesma matéria na Unicid.

A Perícia do Erro Médico

GENIVAL VELOSO DE FRANÇA

Certamente a avaliação do erro médico é a mais complexa e delicada tarefa da legisperícia.

Os objetivos essenciais desta avaliação pericial resumem-se em considerar o dano, estabelecer o nexo causal ou concausal e avaliar as circunstâncias em que se verificou o ato médico.

1. O dano

Na avaliação qualitativa e quantitativa do dano deve-se utilizar uma metodologia onde se usem os meios médico-legais convencionais, os exames subsidiários necessários e se considerem todas as partes constitutivas do laudo pericial.

Este dano pessoal aqui considerado não é apenas aquele cujo resultado se traduz pela alteração anatômica ou funcional de uma estrutura, mas qualquer desordem da normalidade individual.

Os padrões médico-legais utilizados na perícia do erro médico variam de acordo com os interesses analisados, podendo ser de natureza penal, civil ou administrativa.

1.1 - Nas questões de natureza penal busca-se evidenciar o *corpus criminis* (corpo da vítima), o *corpus instrumentorum* (o meio ou a ação que produziu o dano) e o *corpus probatorum* (o conjunto dos elementos sensíveis do dano causado).

Em princípio, não se deve confundir *corpo da vítima com corpo de delito*. O corpo da vítima, agora considerado, tem o sentido apenas antropológico no que se refere a sua identidade. E corpo de delito como uma metáfora supondo o conjunto de elementos materiais interligados, dos quais se compõem as provas ou vestígios do fato ilícito.

O meio ou ação que produziu o dano está sempre representado por uma das modalidades de energias, destacando-se entre elas as mecânicas, físicas, químicas, físico-químicas, bioquímicas, biodinâmicas e mistas.

Para a caracterização da quantidade e da qualidade do dano é necessário que se responda às seguintes eventualidades:

1.1.1 - Se do dano resultou incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias. Esta incapacidade não precisa ser total, bastando que restrinja o indivíduo na-

quilo que ele faz por hábito, independente que isto lhe traga ou não prejuízo econômico. Ela deve ser apenas real e não hipotética.

1.1.2 - Se do dano resultou perigo de vida. Deve-se entender por perigo de vida uma situação de iminência de morte e não a simples presunção de risco remoto ou condicionado. O perigo é uma realidade, uma certeza, um diagnóstico. O risco é uma presunção, uma hipótese, um prognóstico.

1.1.3 - Se do dano resultou debilidade permanente de membro, sentido ou função. Deve-se entender tal condição como um enfraquecimento ou debilitação da capacidade funcional ou de uso de um membro, de um sentido ou de uma função. A debilidade transitória não caracteriza tal situação. Assim, a avaliação do membro, sentido ou função tem um significado fisiológico e não anatômico.

1.1.4 - Se do dano resultou aceleração do parto. Mesmo sendo uma situação rara e de difícil caracterização pericial, deve-se entender como a antecipação do parto provocada mediata ou imediatamente pelo ato lesivo.

1.1.5 - Se do dano resultou incapacidade permanente para o trabalho. Aqui deve-se considerar se o indivíduo em virtude do dano recebido está ou não privado de exercer qualquer atividade lucrativa. Ou seja, se





existe uma invalidez total e permanente para exercer um ofício ou uma atividade laborativa. Também há de se distinguir se esta invalidez total e permanente é para o trabalho específico ou para o trabalho genérico. Vale apenas o trabalho genérico.

1.1.6 - Se do dano resultou uma enfermidade incurável. Nesta situação, deve-se entender que o indivíduo após o dano apresentou ressentimento ou perturbação de uma ou mais funções orgânicas e de grave comprometimento à saúde, em caráter permanente.

1.1.7 - Se do dano resultou perda ou inutilização de membro, sentido ou função. Agora não se considera apenas a debilidade, mas uma contingência mais grave acarretando o comprometimento máximo da funcionalidade daquelas estruturas. Tanto faz que isto seja pela perda ou ablação da estrutura lesada, como pelas suas permanências inúteis.

1.1.8 - Se do dano resultou deformidade permanente. Considera-se deformidade como toda alteração estética capaz de reduzir, de forma acentuada, a estética individual. É a perda do aspecto habitual. Este dano é antes de tudo um dano moral. Suas razões são sociais e morais em razão da sua forma visível e deprimente. São características agravantes: a localização, a extensão e o aspecto. Em questões de Direito público a profissão, o sexo e a profissão da vítima têm um sentido relativo.

1.1.9 - Se do dano resultou aborto. Não se trata, é claro, da forma dolosa de abortamento. Mas do resultado aborto após um dano produzido à gestante, quando a gravidez é conhecida ou manifesta. Pouco importa que seja ovo, embrião ou feto prestes ao parto.

1.2 - Nas questões de natureza civil procura-se estimar o dano sofrido como bem pessoal patrimonial, a fim de reparar através de um montante indenizatório as perdas físicas, funcionais ou psíquicas causadas à vítima.

Os parâmetros desta avaliação devem incidir sobre as seguintes eventualidades:

1.2.1 - Se do dano resultou incapacidade temporária. Esta incapacidade corresponde a um tempo limitado de inaptidão que vai desde a produção do dano até a recuperação ou a estabilização clínica e funcional das lesões verificadas. No primeiro caso, há a *cura*. E no segundo, a *consolidação*. Esta forma de incapacidade pode ser total ou parcial e se traduz pelo tempo necessário para o tratamento clínico, cirúrgico ou reparador, seja em regime hospitalar ou ambulatorial.

1.2.2 - Se do dano resultou "quantum doloris". Durante o período de incapacidade temporária é importante que se determine o tempo de dor física resultante das lesões e de suas consequências, assim como o sofrimento moral traduzido pela angústia, ansiedade e abatimento, face ao risco de morte, à expectativa dos resultados e aos danos psicológicos ante as intervenções e o destino dos negócios da vítima. Esta avaliação é eminentemente subjetiva, mas pode ser motivo da apreciação pericial e ser quantificada em níveis de *pouco* *significante*, *significante*, *moderado*, *importante* e *muito importante*. Ou ser calculada numa escala de valores que varie de 1 a 5.

1.2.3 - Se do dano resultou incapacidade permanente. Este parâmetro permite consignar se o prejuízo anatomofuncional ou psicossensorial é de caráter permanente e se

total ou parcial. Ela é parcial quando o dano, embora duradouro, não torna a vítima inválida e definitivamente incapaz para as suas ocupações ou trabalho. É total quando a vítima passa a ser assistida de forma permanente por alguém. Hoje a tendência nas lides cíveis é avaliar o que o indivíduo ainda é capaz de produzir, dentro de uma política de "capacidades possíveis", ao invés de se fixar em tabelas em busca das chamadas "taxas de incapacidade permanente".

1.2.4 - Se do dano resultou prejuízo estético. Aqui, diferente da avaliação de natureza penal, leva-se em conta a personalização do dano, no que diz respeito ao sexo, idade, estado civil, profissão, situação anterior e comportamento da vítima em relação ao dano estético. Pode ser avaliado este dano em grau mínimo, moderado ou grave. Pode também ser classificado em prejuízo estético, deformidade e aleijão. Ou se estabelecer uma escala de valores que varie de 1 a 7.

"Os padrões médico-legais utilizados na perícia do erro médico variam de acordo com os interesses analisados, podendo ser de natureza penal, civil ou administrativa."

1.2.5 - Se do dano resultou prejuízo de afirmação pessoal. Significa que alguém foi prejudicado em suas realizações pessoais e é tanto mais grave quanto mais jovem é o indivíduo e quanto mais intensas forem suas atividades de lazer, de dotes artísticos e de capacidade intelectual. Alguns admitem que este parâmetro de avaliação não é da competência pericial, deixando este "*préjudice d'agrément*" para a consideração do magistrado. No entanto admitimos que a escusa da avaliação pericial em tal circunstância é perder uma face muito importante da questão. Deve-se também quantificar este prejuízo através de uma escala de valor que vá de 1 a 5. Neste particular, pode-se discutir também o que se chama de "prejuízo do futuro", desde que esta avaliação não seja hipotética, mas certa. Assim, no caso de uma criança vítima de um dano por erro médico não é difícil dizer-se dos seus prejuízos e de suas frustrações, do atraso escolar e das perdas na sua formação.

1.3 - Quando da avaliação da responsabilidade profissional em determinado ato médico, de natureza administrativa, por interesse da função pública e dos Conselhos Regionais de Medicina, é imperioso que se levem em conta os *deveres de conduta* do acusado. Isto nada tem a ver com os parâmetros utilizados na avaliação do dano de natureza civil ou criminal.

As regras de conduta, argüidas quando de uma avaliação de responsabilidade profissional médica, são relativas aos seguintes deveres:

1.3.1 - Deveres de informação. Fazem parte desses deveres todos os esclarecimentos necessários e devidos na relação médico-paciente que se consideram como incondicionais e obrigatórios, tais como: informação ao paciente sobre a necessidade de certas condutas ou intervenções ou sobre possíveis consequências, pois só assim é possível um

consentimento esclarecido, obtido por meio de uma linguagem adequada e compreensível; informação aos familiares, principalmente quando eles são os responsáveis legais do paciente; informações claras e legíveis registradas nos prontuários; informações aos colegas que participam da mesma assistência ao doente.

1.3.2 - Deveres de atualização. Para o pleno e ideal exercício da profissão médica não se exige apenas uma habilitação legal. Há também de se requerer deste facultativo um aprimoramento sempre continuado, adquirido através de conhecimentos recentes da profissão, no que se referem às técnicas dos exames e dos meios de tratamento, nas publicações especializadas, nos congressos, cursos de especialização ou estágios em centros e serviços hospitalares de referência. Em suma, o que se quer saber é se naquele discutido ato profissional poderia se admitir a imperícia. Se o profissional está credenciado minimamente para exercer suas atividades, ou se poderia ter evitado o dano, caso não lhe faltasse o que ordinariamente é conhecido em sua profissão e consagrado pela experiência médica. Este conjunto de regras, chamado de *lex artis*, deve ser aplicado a cada ato médico isoladamente, sem deixar de serem considerados a complexidade do caso, o recurso material disponível, a qualificação do médico e o local e condições de trabalho.

1.3.3 - Deveres de abstenção de abuso. É necessário também saber se o profissional agiu com a cautela devida e, portanto, descarta-se de precipitação, de inoportunismo ou de insensatez. Isso se explica porque a norma moral exige das pessoas o cumprimento de certos cuidados, cuja finalidade é evitar danos aos bens protegidos. Exceder-se em medidas arriscadas e desnecessárias é uma forma de desvio de poder ou de prática de abuso. No entanto, ninguém pode negar que a Medicina seja uma sucessão de riscos e que esses riscos, muitas vezes, são necessários e inadiáveis, principalmente quando um ato mais ousado é o último e desesperado remédio. Esta é a teoria do *risco proveito*.

1.3.4 - Deveres de vigilância. Na avaliação de um ato médico, quanto a sua integridade e licitude, deve ele estar isento de qualquer tipo de omissão que venha ser caracterizada por inércia, passividade ou descaso. Portanto, este modelo de dever obriga o médico a ser diligente, agir com cuidado e atenção, procurando de toda forma evitar danos que venham a ser apontados como negligência ou incuria.

Desta forma, é justo, diante de um caso de insucesso numa vida profissional e ética irrepreensível, existir a devida compreensão e a elevada prudência quando se considerarem alguns resultados, pois eles podem ser próprios das condições e das circunstâncias que rodearam o *mau resultado*, sem imputar levianamente a isso uma quebra dos compromissos morais ou uma transgressão dos deveres de conduta. Não se pode consignar como culpa aquilo que transcende a prudência, a capacidade e a vigilância humana.

2. O nexo de causalidade ou de concausalidade

A relação entre o dano e o ato ilícito é um





pressuposto imprescindível de ser avaliado e, por isso, não pode fugir da ótica pericial. Em muitas ocasiões a natureza do pleito não reside na qualidade ou na quantidade da lesão, mas essencialmente nas condições em que se deu a relação entre o resultado e o evento danificador.

O nexo de causalidade é portanto de exclusiva competência médico-legal. Assim, para que se estabeleça um nexo de causalidade é necessário que o dano tenha sido produzido por um determinado meio agressor, que a lesão tenha etiologia externa e violenta, que o local da ofensa tenha relação com a sede da lesão, que haja relação de temporalidade, que haja uma lógica anatomoclínica e que não exista causa estranha motivadora do dano.

As concausas, por sua vez, são eventuali-

dades preexistentes ou supervenientes, susceptíveis de modificar o curso natural do resultado aludido como erro médico. São fatores anatômicos, fisiológicos ou patológicos que existiam ou venham a existir, agravando o processo. Assim, são exemplos, a diabetes (preexistente) e o tétano (superveniente).

3. As circunstâncias do ato médico

Vale a pena afirmar que nem todo mau resultado pode ser rotulado como erro médico. Desta forma é fundamental que a perícia possa determinar se certo dano foi resultante de uma forma anômala ou inadequada de conduta profissional, contrária à *lex artis*, ou se isso deveu-se às precárias condições de trabalho ou à penúria dos meios indispensáveis para o tratamento ou atenção das pessoas.

BIBLIOGRAFIA

- (1) **Facio, J. P.**, "Responsabilidade Extracontractual", Montevideu, Ed. Narreiro v Ramo S/A, 1954.
- (2) **França, G. V.**, "Medicina Legal", 5ª ed., Rio de Janeiro, Editora Guanabara Koogan S/A, 1998.
- (3) **Kfourti Neto, M.**, "Responsabilidade Civil do Médico", 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- (4) **Lalou, H.**, "La Responsabilité", Paris, Librairie Dalloz, 1928.
- (5) **Magalhães, J. A. C.**, "A Responsabilidade Penal dos Médicos", São Paulo, Saraiva, 1946.
- (6) **Penasco, W. L.**, "A Responsabilidade Penal, Civil e Ética dos Médicos", Rio de Janeiro, Forense, 1979.
- (7) **Marmitt, A.**, "Perdas e Danos", 2ª ed., Rio de Janeiro, Aide, 1992.
- (8) **Mirio, C. e Fernandes, R.**, "Erro Médico Visto pelos Tribunais", São Paulo, Edipro, s.d., 1992.

O autor é ex-professor de Medicina Legal nos cursos de Medicina e Direito da UFPB.

O Art. 127 da LEP Não Alcança os Dias Declarados Remidos Por Sentença Transitada em Julgado

JOSÉ FERNANDO SEIFARTH DE FREITAS

A remição é um instituto em que, pelo trabalho, o preso cumpre parte da pena. Trata-se de um meio de abreviar ou extinguir parcela da pena. O tempo remido é contado como de execução de pena privativa de liberdade (**Júlio Fabbrini Mirabete**, "Execução Penal", 8ª ed., Ed. Atlas, 1997, pp. 290/291).

Para que ela ocorra, é necessário ao sentenciado comprovar o efetivo trabalho, e, após a oitiva do Ministério Público, a declaração por sentença do juiz da execução (art. 126 da Lei de Execução Penal).

O art. 127 da Lei de Execução Penal, contudo, preceitua que o condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar.

Discute-se se esse artigo tem aplicação na hipótese de já existir a sentença declaratória da remição, com trânsito em julgado.

Odir Odilon Pinto da Silva e **José Antônio Paganella Boshi**, professores e membros do Ministério Público do Rio Grande do Sul, sustentam a inconstitucionalidade do citado dispositivo, por contrariar o art. 153, § 3º, da Constituição Federal (que corresponde ao art. 5º, XXXVI, da atual Carta Magna), que assegura a inviolabilidade, diante da lei nova, dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada ("Comentários à Lei de Execução Penal", Ed. Aide, 1987, p. 130).

Seguindo a mesma posição, **André Gustavo Isola Fonseca** e outros acrescentam que, além de ferir a coisa julgada, a decretação da perda dos dias remidos acarreta a violação dos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, previstos no art. 5º, XLVII e XLVI, da Carta Magna ("Considerações acerca da perda da remição prevista no art. 127 da Lei de Execução Penal", publicado em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 24, pp. 93/98).

O professor **Júlio Fabbrini Mirabete** discorda deste entendimento, sob o fundamento de que o abatimento da pena em face da remição não é direito adquirido do condenado, por ser condicional, já que pode ser revogado na hipótese de falta grave. Reproduzindo a lição de **Sérgio Nunes Coelho** e **Daniel Prado da Silveira**, afirma que a remição está sujeita à cláusula *rebus sic stantibus*, não podendo apenas ter seus efeitos revogados quando já extinta a punibilidade pelo cumprimento da pena (*op. cit.*, p. 298). É acompanhado pelos juízes do E. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, **Osni de Souza**, **Evaristo dos Santos** e **Samuel Júnior** ("Da remição - A perda dos dias remidos por falta grave", "Remição - Perda dos dias decorrentes de falta grave - uma outra posição", artigos publicados no livro "Execução Penal - Visão do TACrim-SP", Ed. Oliveira Mendes, 1998, pp. 145/155 e 121/124).

"Praticada a falta grave, apenas ocorrerá a perda do direito à remição dos dias trabalhados ainda não declarados remidos por decisão judicial transitada em julgado."

O procurador do Estado **Rui Carlos Machado Alvim**, em artigo publicado na *Revista dos Tribunais* n° 606, de abril de 1986, adota posição intermediária, ressaltando que inexistente no Direito ato, fato ou negócio que não sofra a influência do tempo, e a falta de um parâmetro legal delimitativo do período de influência da falta grave sobre o período remido não pode levar à aplicabilidade do art. 127 a qualquer hipótese. E propõe a

seguinte solução: "a partir da data da perpetração de determinada falta, inicia-se o período reabilitatório, findo o qual, não cometida qualquer outra infração, o preso está reabilitado, isto é, reassume sua antiga classificação de conduta (ótima, boa, regular). Adaptando-se esta disposição à remição, ter-se-ia que, cometida uma falta grave, a perda do tempo remido seria circunscrita unicamente a determinado período, imediatamente anterior à data da falta grave, e com prazo de retrocesso acertado" (p. 290).

Janora Rocha Rosseti, também procuradora do Estado, acompanha **Rui Carlos Machado Alvim** e argumenta que a falta grave não pode ter o dom de, ilimitadamente, atingir fatos passados, como é o caso do trabalho prestado pelo preso, propondo que, na aplicação do art. 127, para afastá-lo da pecha de inconstitucionalidade, deve-se considerar que: "— a falta grave deve incidir sobre o período trabalhado, já remido ou não, atendendo à proporcionalidade entre ela e a quantidade de dias trabalhados e — a falta grave não deve incidir sobre o período trabalhado, já remido ou não, se entre eles já se passou razoável período temporal" ("Remição da pena: adequação do art. 127 da Lei de Execução Penal ao texto constitucional", em RT 697, pp. 264 a 268).

O desembargador **Sidnei Beneti**, por seu turno, defende, com base em precedente do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, que a sentença concessiva de remição opera preclusão, não mais podendo ser revista se ultrapassada a possibilidade de interposição de recurso ("Execução Penal", Ed. Saraiva, 1996, p. 138).

O juiz de Direito **Sérgio Mazina Martins**, em valioso estudo publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, após discordar das teses acima mencionadas, assevera a inconstitucionalidade do art. 127, por ferir o art. 7º da Carta Magna, já que "ofende seriamente a continuidade da relação de trabalho prisional e, portanto, ofende esse princípio maior que pode ser facilmente extraído do Direito Constitucional do Trabalho" e os princípios do Estado Democrático de Direito, previstos nos arts. 1º a 4º da mesma Carta, por violar a dignidade do trabalhador preso e sua cidadania, em sentido lato (vol. 20, RT, "Execução Penal, Juris-





prudência Organizada e Comentada", parte II, pp. 480 a 499).

A melhor solução para a questão, respeitando entendimento contrário, é considerar a sentença declaratória da remição irrecorível como limite ao referido art. 127, ou seja, praticada a falta grave, apenas ocorrerá a perda do direito à remição dos dias trabalhados ainda não declarados remidos por decisão judicial transitada em julgado.

Isto porque, como já dito, a remição é **forma de cumprimento de pena** e, uma vez transitada em julgado a sentença que declara remidos os dias trabalhados pelo preso, forma-se um novo título executivo penal, com redefinição do tempo de pena que resta a cumprir, não podendo uma infração administrativa retroagir e modificá-lo, em verdadeira revisão *pro societate*, para restabelecer parte da pena já extinta, em prejuízo do sentenciado.

O art. 127, desta forma, apenas alcança o **direito à remição** (ainda não realizado) e não o período já declarado remido (pena cumprida).

Neste sentido, cabe mencionar os seguintes julgados:

"Remição. Existência de sentença passada em julgado. Alteração em razão de cometimento de infração administrativa. Inadmissibilidade. Declarada a remição por sentença passada em julgado, passa a existir um novo título executório penal, com redefinição da duração do tempo de execução da pena, imutável, que não pode ser mais alterado exclusivamente em razão do cometi-

mento de infração administrativa subsequente, tornando incerto o tempo da pena" (TACrim/SP, Agravo em Execução nº 1.101.317/5, 10ª Câmara, j. 11.11.98, v.u., rel. juiz **Márcio Bártoli**, rolo flash 1203/177).

"Uma decisão penal transitada em julgado faz coisa julgada e não pode mais ser discutida, a não ser em sede de revisão criminal, em favor do condenado. Em relação ao Estado, a coisa julgada penal não mais pode ser revista. Não existe revisão criminal em favor da sociedade, do Estado. A decisão que concede remição ao condenado reconhece que uma quantidade de dias da pena privativa de liberdade imposta restou resgatada. Ela reconhece que o Estado não pode mais exigir que o condenado cumpra uma determinada quantidade de dias de sua pena privativa de liberdade porque esses dias foram considerados como cumpridos por uma decisão judicial. A decisão judicial pode ser atacada antes de transitar em julgado. O MP pode se insurgir contra a decisão enquanto ela não transitar em julgado. Transitada em julgado, por ser uma decisão favorável ao condenado, ela não pode mais ser rescindida por nenhum tipo de recurso, de remédio jurídico. Se inexistir remédio jurídico para rescindir uma decisão que concedeu remição a um condenado, não há como admitir que uma infração administrativa tenha a força de retroagir e de agir como fator de rescisão de uma decisão judicial transitada em julgado, a qual fez coisa julgada material e formal" (TACrim/SP, HC nº 309.000/1, 6ª Câmara, j. 30.07.97, rel. juiz **Almeida Braga**, RT 747/672).

No mesmo rumo: TACrim/SP, HC nº

293.968/0, 6ª Câmara, j. 21.08.96, rel. juiz **Almeida Braga**, RT 736/641; TACrim/SP, Agravo em Execução nº 1.042.419/2, 5ª Câmara, j. 26.02.97, rel. juiz **Walter Swensson**, RJTACrim 35/82; TACrim/SP, Agravo em Execução nº 889.985, rel. juiz **Walter Swensson** e Agravo em Execução nº 1.025.197/2, rel. juiz **Ivan Marques**, e TJSP, Agravo em Execução nº 203.784-3/8, rel. des. **Ângelo Gallucci**, apud **Alberto Silva Franco** e outros em *"Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial"*, RT, Vol.1, Tomo I, 6ª ed., p. 748; TACrim/SP, HC nº 302.422, 5ª Câmara, j. 26.03.97, rel. juiz **Walter Swensson**, apud **Osni de Souza**, op. cit., p. 153; TACrim/SP, Agravo em Execução nº 1.060.851/5, rel. juiz **Canellas de Godoy**, apud **Evaristo dos Santos** e **Samuel Júnior**, op. cit., p. 122; TACrim/SP, Agravo em Execução nº 531.081, rel. **Paulo Franco**, apud **Sidnei Agostinho Beneti**, op. e pág. cit.; TACrim/SP, HC nº 334.526/9, 10ª Câmara, j. 10.02.99, m.v., rel. **Márcio Bártoli**, rolo flash 1220/170; TACrim/SP, Agravo em Execução nº 1.090.743/9, 3ª Câmara, j. 17.03.98, v.u., rel. **Carlos Bueno**, rolo flash 1161/421; TACrim/SP, Agravo em Execução nº 1.120.879/0, 6ª Câmara, v.u., j. 13.01.99, rel. **Ivan Marques**, rolo flash 1214/456).

Em conclusão, a punição por falta grave, aplicada em regular processo, com contraditório, apenas acarretará a perda do direito à remição dos dias trabalhados se não houver decisão definitiva, declarando-os remidos.

O autor é juiz de direito da Vara das Execuções Criminais de Rio Claro (SP).

A Exata Dimensão do Controle Externo da Polícia Pelo Ministério Público

ABRAHÃO JOSÉ KFOURI FILHO

Representantes do Ministério Público do Estado, calcados, principalmente, no Ato (N) nº 098/96-CPJ de 30.09.96, publicado no *Diário Oficial do Estado de São Paulo*, que estabeleceu "normas para o exercício do controle externo da atividade de Polícia Judiciária pelo Ministério Público, previsto no artigo 103, inciso XIII, da Lei Complementar Estadual nº 734, de 26.11.1993", têm pautado, para aquele fim, visitas às delegacias de Polícia, para exame dos livros de Polícia Judiciária, de registro de ocorrências, de apreensão de armas, etc.

A propósito deste Ato (que curiosamente não abrange a Polícia Militar) e a pedido da Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo - ADPESP, já em outubro de 1996, elaborei parecer⁽¹⁾ que entendo ainda atual, do qual, por apego à síntese, transcrevo apenas as conclusões:

"Isto posto, passamos a responder aos quesitos formulados.

Ao primeiro: Tem o C. Órgão Especial do Colégio de Procuradores do Ministério Público competência legal para estabelecer

normas sobre o exercício do controle externo da atividade de Polícia Judiciária?"

Não! Como demonstrado no corpo do parecer, o C. Órgão Especial, a teor do que dispõe a Lei Complementar Estadual nº 734/93, em seu art. 22, inc. VI, tem competência para 'aprovar, mediante proposta do procurador geral de Justiça, ou da maioria de seus membros, medidas a propósito de matéria, direito ou questão de **estrito** interesse do Ministério Público'. Ao aprovar e estabelecer, a pretexto de instrumentalizar o Ministério Público ao exercício do controle externo da atividade de Polícia Judiciária, normas novas, não previstas no inc. XIII do art. 103, da LC nº 734/93, excedeu o C. Órgão sua competência, além do que rompeu os limites do **estrito** interesse do Parquet. Ademais, na forma estabelecida pela Constituição Federal, em seu art. 129, VII, só a **lei complementar**, submetida ao prévio crivo do Poder Legislativo, poderia normatizar o exercício do controle externo da atividade policial, abrangendo nesse contexto tanto a Polícia Civil quanto a Polícia Militar.

Ao segundo: 'As normas estabelecidas no Ato (N) nº 098/96, acaso promanadas de órgão competente, circunscrevem-se às hipóteses e limites fixados na Constituição Federal e na Lei Complementar nº 734/93?'

Não! Como detida e circunstanciadamente demonstrado ao longo do parecer, o Ato em tela cria situações, hipóteses, condições, atribuições e procedimentos novos, que só a lei complementar — e ainda assim respeitadas as competências constitucionais de cada órgão — poderia estabelecer. Do ato, na realidade, só remanescem eficazes as normas que disciplinam restritamente a atividade interna do Ministério Público e que, de forma alguma, possam representar, direta ou indiretamente, ingerência nas atividades e atribuições da Polícia Civil.

Ao terceiro: 'Estão a Polícia Civil e os delegados de Polícia do Estado de São Paulo, em face de eventuais ilegalidades contidas nas normas do Ato (N) nº 098/96, obrigados a observá-las e cumpri-las?'

Também não! Nessas circunstâncias, porque eivado de vícios que tornam ilegal o Ato (N) nº 098/96-CPJ, e porque de ato nulo não decorrem e nem se originam direitos ou obrigações (Súmula 473, do Supremo Tribunal Federal), não está a Polícia Civil e não estão seus integrantes, especialmente os delegados de Polícia, sujeitos a observá-lo ou cumpri-lo. Ademais, na forma dos artigos 5º, II, e 37, caput, ambos da Constituição Fede-





ral, impera em nosso ordenamento jurídico o princípio da legalidade segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. O que deve a Polícia Civil é observar, única e estritamente, no resguardo de suas atribuições constitucionais e legais, o que consta do inciso XIII, do art. 103, da Lei Complementar nº 734/93."

Era e é nossa opinião não ter o Ministério Público competência legal para, a pretexto de exercer o controle externo da atividade policial, realizar correições ou visitas rotineiras em delegacias de Polícia com o objetivo de fiscalizar indistinta e inespecificamente o conjunto de atos, registros e livros próprios da delegacia de Polícia, tanto de natureza de Polícia Judiciária quanto de natureza administrativa, arvorando-se, indevidamente, em superior hierárquico do delegado de Polícia.

Não há que se confundir **controle externo da atividade policial**, com **controle hierárquico**. Também não se há de extrair da permissão legal constante da Lei Complementar Estadual nº 734/93 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo), art. 103, inc. XIII, alíneas "a" e "b", prerrogativa para **controle interno da atividade policial**, a pretexto de "ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade de Polícia Judiciária". Por certo, mas em cada caso específico e devidamente motivado, poderá o digno promotor de Justiça da comarca, nos autos de determinado inquérito policial, requisitar, por intermédio do juiz de Direito, informações que entenda convenientes para o desempenho de sua relevante função constitucional, cumprindo ao delegado de Polícia prestá-las, ressaltando-se-lhe, ainda, o mencionado "acesso a quaisquer documentos relativos à atividade de Polícia Judiciária", mas sempre a cada caso e motivadamente.

Analisando a matéria, com aguda judiciousidade e pertinência, o E. Superior Tribunal de Justiça, pela sua C. 6ª Turma, relator o ministro **Vicente Leal**, ao julgar, em 01.09.98, o Recurso de Habeas-Corpus nº 7.640, de São Paulo, interposto por paciente (delegado de Polícia) que teve contra si instaurado inquérito policial por desobediência (*sic*) em razão de "haver-se recusado a fornecer a promotores de Justiça, em visita oficial ao distrito de que é titular, a relação dos servidores ali lotados, bem como apresentar os livros de registros", concedeu a ordem para determinar o trancamento do inquérito, aos seguintes fundamentos:

"Após demorada reflexão sobre o tema, estou em que, efetivamente, o inquérito policial é desprovido de justa causa.

Na hipótese, não há que se falar, **mesmo em tese**, de crime de desobediência.

O que se conclui, no caso, é que a questão se situa no campo de mero conflito de atribuições entre promotores de Justiça e delegados de Polícia. Aqueles, escudando-se em ato normativo da Procuradoria-Geral de Justiça, empreendem uma atividade fiscali-

zadora dos distritos policiais que entendem situar-se na área do controle externo previsto no art. 129, VII, da Constituição. Estes, em contraposição, recusam essa atuação, sustentando que cumprem ordem da Direção Geral da Polícia Judiciária, que determinou a observância pura dos preceitos do Código de Processo Penal.

Ora, a extensão conceitual do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público é questão a ser dirimida pela cúpula da Administração, seja, Secretaria de Segurança Pública e Procuradoria-Geral da Justiça, que devem estabelecer os precisos limites de atuação de seus agentes tendo em conta os altos interesses públicos, impondo-se sejam abstraídas as respectivas políticas corporativas.

"Não há que se confundir controle externo da atividade policial, com controle hierárquico. Também não se há de extrair da permissão legal constante da Lei Complementar Estadual nº 734/93, (...), prerrogativa para controle interno da atividade policial, a pretexto de 'ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade de Polícia Judiciária'."

Daí porque é de se afirmar que eventuais desacordos entre membros dessas duas instituições públicas sobre a zona de limite de suas respectivas atribuições não chegam a configurar crime de desobediência.

Não se pode confundir controle externo com subordinação hierárquica.

Assim, como emoldurado nos autos, não se pode encontrar, **mesmo em tese**, a ocorrência de crime de desobediência, o que afasta a justa causa para o prosseguimento do inquérito policial.

Isto posto, dou provimento ao recurso e concedo a ordem de habeas-corpus, ordenando o trancamento do inquérito policial" (realcei e grifei).

Declarando voto, aditou o ministro **Luiz Vicente Cernicchiaro**:

"Evidentemente, há que se fazer a interpretação teleológica, ou seja, como o Ministério Público é o titular da ação penal, interessa-lhe acompanhar a atividade da autoridade policial no tocante aos inquéritos. Não há, entretanto, subordinação hierárquica do ponto de vista administrativo. É claro, se um membro do Ministério Público constatar alguma falha, deverá encaminhar a notícia ao superior hierárquico, no caso debatido, do delegado. **No entanto, exercer fiscalização, às inteiras, desvinculada das atividades próprias do Ministério Público, parece-me, não confere com a melhor execução**" (realcei e grifei).

Nos estritos termos do precioso e preciso julgado, não há, pois, como admitir-se o pretendido e corporativo alargamento do **controle externo**, que não se confunde com

"atividade fiscalizadora" ou "fiscalização às inteiras" de que fala o aresto, ao reputá-las indevidas.

De notar-se e dar-se ênfase ao sintomático fato de que o Ato (N) nº 098/96-CPJ, ao reportar-se vagamente ao "uso de suas atribuições legais", deixou de complementar a locução e nela não indicou — e nem poderia — o dispositivo da Lei Complementar nº 734/93 que realmente legitimasse a pretendida faculdade para estabelecer normas da espécie.

A incompetência do C. Órgão Especial manifesta-se também por outra faceta. A Constituição Federal, quando previu o controle externo da atividade policial, atribuindo-o ao Ministério Público, teve a oportuna cautela, justamente para prevenir avanços corporativos, de condicionar seu exercício à prévia lei complementar, precisamente para que o Poder Legislativo, dentro de sua **independência e equidistância**, fosse o árbitro final de sua dimensão. E assim foi feito, daí advindo a Lei Complementar nº 734/93, suficiente e bastante, por si só, para viabilizar, na justa e estrita dimensão, o exercício do aludido controle externo.

Nessa conformidade, pelo seu C. Órgão Especial, o Colégio de Procuradores de Justiça poderia estabelecer, à guisa de regulamento, no restrito âmbito do Ministério Público, normas de procedimento interno, mas sem resvalar para o excesso e para o arbítrio, inovando situações, condições, hipóteses, atribuições e procedimentos não previstos na lei de regência. Como é cediço em Direito Público, o decreto e o regulamento — e o Ato nº 098/96 guarda essa natureza — deve ater-se à lei, limitando-se a compatibilizar o comando da norma com os meios compatíveis e disponíveis de execução.

Com o peso de sua autoridade, o professor **José Afonso da Silva**⁽²⁾ escreveu a respeito:

"De duas uma, ou a Lei Complementar nº 734/93 regulou adequada e completamente a matéria, e o Ato 098/96 é absolutamente despiciendo, ou deixou lacunas e o questionado ato não é meio adequado para supri-las. É que a Constituição outorgou à lei complementar competência para regular a forma do controle externo, nada mais; e não admite delegação nem à lei ordinária e menos ainda a ato administrativo para disciplinar a matéria".

Posto isto, fica ao prudente critério de cada autoridade policial, com dignidade e sem subserviência, fiel à sua convicção pessoal, agir em resguardo de suas prerrogativas funcionais e legais, atento ao que de melhor possa advir para o serviço público, para a coletividade e para salvaguarda e prestígio da instituição a que pertence.

NOTAS

(1) Publicado na íntegra na "Revista ADPESP", nº 22, de dezembro de 1996 (edição especial).

(2) "Controle Externo da Atividade Policial", mesma fonte, p. 21.

O autor é professor de Direito Administrativo da UNIP e da Academia de Polícia Civil do Estado, delegado de Polícia aposentado, ex-presidente da ADPESP e ex-delegado geral de Polícia.

Perda de Bens e Multa Substitutiva

ROBERTO DELMANTO,

ROBERTO DELMANTO JUNIOR e FABIO M. DE ALMEIDA DELMANTO

Visando deixar a aplicação das penas privativas de liberdade — geradoras de tantos males — para os crimes mais graves, a Lei nº 9.714/98 ampliou as penas restritivas de direitos.

Em que pese a louvável intenção do legislador, tem essa lei suscitado algumas controvérsias.

Uma delas refere-se à **perda de bens e valores**, instituída pelos novos arts. 43, II e 45, § 3º, do Código Penal, *verbis*:

"Art. 43. As penas restritivas são:

...
II — perda de bens e valores;

...
Art. 45.

§ 3º. A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto — o que for maior — o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime".

Dispõe o art. 5º, XLV, da Constituição da República que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido".

Para **Luiz Flávio Gomes**, a perda de bens mencionada pelos arts. 43, II e 45, § 3º, do Código Penal pode ser estendida aos sucessores, tratando-se de uma exceção constitucional ("Penas e Medidas Alternativas à Prisão", ed. RT, 1999, p. 138).

Em que pese a opinião sempre respeitável desse eminente autor, não é este, *data venia*, o nosso entendimento.

A perda de bens é modalidade de pena, prevista no art. 5º, XLVI, b, da Magna Carta, que dispõe: "a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: ... b) perda de bens".

Como tal, **já** jamais poderá passar da pessoa do condenado, nos estritos termos da primeira parte do art. 5º, XLV, da CR/88.

O perdimento de bens constante da segunda parte deste último artigo da Constituição não se refere, a nosso ver, à pena de perda de bens e valores prevista nos novos arts. 43, II e 45, § 3º, do CP, mas sim ao **efeito extrapenal genérico da condenação**, disciplinado pelo art. 91, II, b, do CP, que estabelece:

"Art. 91. São efeitos da condenação:

II — a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

...
b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso".

Sendo a perda de bens e valores, instituída pela Lei nº 9.714/98, modalidade de sanção

penal, é ela "pessoal, individuada, intransferível, adstrita à pessoa do delinquente"; "a morte do condenado rompe o vínculo jurídico entre o Estado-condenador e o morto-réu", e "a família, quanto aos descendentes, ascendentes e colaterais, não fica sob a incidência da pena, exaurida para sempre com a morte do réu" (**J. Cretella Júnior**, "Comentários à Constituição 1988", 3ª ed., Forense Universitária, vol. I, p. 497).

Já a perda de bens mencionada pelo art. 91, II, b, do CP é **efeito civil** e não penal da condenação (STF, RTJ 101/516), podendo, portanto, ser estendida aos sucessores e contra eles executada, nos termos da segunda parte do art. 5º, XLV, da CR/88.

Outra questão polêmica surgida com a Lei nº 9.714/98 diz respeito à **multa substitutiva** prevista no art. 60, § 2º, do Código Penal.

"A perda de bens é modalidade de pena, prevista no art. 5º, XLVI, b, da Magna Carta, que dispõe: 'a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: ... b) perda de bens'. Como tal, jamais poderá passar da pessoa do condenado, nos estritos termos da primeira parte do art. 5º, XLV, da CR/88."

Não obstante duntas posições em contrário, pensamos que o novo art. 44, inc. I, do Código Penal, que prevê a substituição da pena privativa de liberdade não superior a quatro anos se o crime doloso não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, **não revogou tacitamente** o art. 60, § 2º, do estatuto penal repressivo. Este continua a ser aplicado para os crimes dolosos cometidos **com violência ou grave ameaça à pessoa, desde que a pena aplicada não seja superior a seis meses**. Isto porque o § 2º do art. 60 só requer a observância dos incisos II e III do art. 44 e não a do mencionado inciso I. Assim, uma lesão corporal leve (art. 129, *caput*), cuja pena é de detenção de três meses a um ano, se fixada em até seis meses, ou uma ameaça (art. 147, *caput*), cuja pena é de detenção de um a seis meses, apesar de cometidas com violência no primeiro caso e com ameaça (que a jurisprudência exige seja grave) no segundo, poderão ter suas penas privativas de liberdade substituídas por multa com base no art. 60, § 2º. O mesmo se diga para os crimes dolosos praticados **sem** violência ou grave ameaça à pessoa, ou, ainda, para os crimes culposos, nos quais a pena fixada não seja superior a seis meses, por questão de equidade.

Coexistem, por outro lado, o atual § 2º do art. 44 com o § 2º do art. 60 do Código Penal. Enquanto o § 2º deste último artigo dispõe que "a pena privativa de liberdade aplicada, não superior a seis meses, pode ser substituída pela de multa", a primeira parte do novo § 2º do art. 44, instituído pela Lei nº 9.714/98, prevê que "na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos". Desta feita, poderão ocorrer duas situações: a) não sendo a pena privativa de liberdade imposta superior a seis meses, aplica-se o § 2º do art. 60, pois a substituição por pena de multa nele prevista é **mais benéfica** do que a substituição por multa ou pena restritiva de direitos estipulada pela primeira parte do atual art. 44, § 2º. Isto porque, ao contrário do que ocorre com as penas restritivas de direitos (art. 44, § 4º), a pena de multa não mais pode ser convertida em pena privativa de liberdade (cf. art. 51 do CP, com redação dada pela Lei nº 9.268/96); b) sendo a pena privativa de liberdade imposta superior a seis meses, mas igual ou inferior a um ano, aplica-se a primeira parte do novo art. 44, § 2º.

No sentido de que o § 2º do art. 60 não foi revogado, embora criticando a sua convivência com o novo preceito do § 2º do art. 44, é também a abalorada doutrina de **Miguel Reale Júnior** ("Mens legis insana, corpo estranho", in "Penas Restritivas de Direitos", ed. RT, 1999, p. 40).

Haverá, ainda, **retroatividade** dos novos incisos II e § 3º do art. 44, na hipótese de aplicação do § 2º do art. 60. Enquanto o antigo inciso II do art. 44, ao qual o art. 60, § 2º, faz remissão, exigia que o condenado não fosse **reincidente** para obter a substituição da pena privativa de liberdade, o novo inciso II do art. 44 requer apenas que ele não seja **reincidente em crime doloso**, permitindo ainda o atual § 3º do mesmo artigo a substituição no caso de **reincidência genérica em crime doloso, se socialmente recomendável**. Sendo os novos incisos II e § 3º do art. 44 **mais benéficos**, no que se refere à aplicação do art. 60, § 2º deverão retroagir para os fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 9.714, de 25.11.98, quando a pena privativa de liberdade fixada for igual ou inferior a seis meses. Ou seja, para a aplicação do art. 60, § 2º, bastará, nesta hipótese, que o condenado não seja reincidente **específico** em crime **doloso** e que a substituição seja socialmente **recomendável**.

Saliente-se aqui que o § 2º do art. 60 exige **somente** a observância dos "critérios dos incisos II e III do art. 44", v.g., a não-reincidência em crime doloso e que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indiquem que a substituição é suficiente.

Todavia, se para uma condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos (art. 44, § 2º, primeira parte), **ainda** que o condenado seja reincidente genérico em crime doloso, desde que socialmente recomendável (art. 44, § 3º), por equidade o **mesmo critério** deve ser aplicado na substituição de condenação não superior a seis meses por multa (art. 60, § 2º).

Os autores são advogados criminalistas em São Paulo

Os Crimes Relacionados ao Jogo de Bingo e a Máquina Caça-Níqueis Como Jogo de Azar

ANTONIO CELSO CAMPOS DE OLIVEIRA FARIA

A contravenção penal prevista no art. 50 do Decreto-Lei nº 3.688/41 continua em vigor, apesar das críticas feitas ao dispositivo penal e das ressalvas surgidas com a Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, apelidada de Lei Pelé.

Crítica-se a punição ao jogo de azar sob o argumento de que a própria União e o Estado se valem de sorteios para angariar recursos orçamentários e que há uma tradição social e cultural de nosso povo, admitindo a prática de sorteios públicos, por meio de rifas e bingos⁽¹⁾.

A constante contradição entre vontade popular e punição ao jogo, aliada às inúmeras alterações legislativas, gera desconforto entre as autoridades e os operadores do Direito na persecução penal do jogo de azar. De outro lado, defensores de um Direito Penal mínimo alegam que a contravenção deve ser descriminalizada, devendo a punição restringir-se à esfera administrativa.

Comentando a respeito do jogo do bingo anota **Hugo Nigro Mazzilli** que:

"Por isso a jurisprudência, mais consentânea com a vitalidade social e acompanhando as tradições culturais e sociais de nosso povo, tem, nos casos de finalidade socialmente adequada e nobre, atenuado o rigor da lei contravençional, ora isentando o agente de pena (JTCrim-Lex, 12:220), ora absolvendo-o quando inócua habitualidade (RT, 536:333), ora, com mais razão, negando a própria antijuridicidade do fato (RT, 485:322), ou de qualquer forma excluindo a figura criminal quando as rifas ou jogos, contando com o beneplácito das autoridades locais, tenham objetivo eminentemente nobre (RT, 398: 289; JTACrim-Lex 43:360; no mesmo sentido, Marcelo J. Linhares, 'Contravenções Penais', v. II, n° 619)"⁽²⁾.

Aproveitando-se dessa aparência de "finalidade socialmente adequada do jogo do bingo", inclusive com o permissivo infraconstitucional (Lei nº 9.615/98), há um número expressivo de organizações e indivíduos aproveitando-se da omissão ou conivência das autoridades, a partir da idéia de que o jogo é uma tradição da cultura brasileira e, em alguns casos, não traz qualquer mal.

Poderosas organizações ligadas ao jogo de azar (...) contrataram parecer técnico de professor da Universidade de São Paulo e perito da Justiça Pública Federal, Estadual e Municipal, para pronunciar-se sobre as características de aparelhos denominados "Bingomania", "Kenomania", "Horse Shoes & 7 Seven", "Paradise" e "Noah's Ark". O perito concluiu que as máquinas são "diversões eletrônicas".

Consulta contratada pela Brasbin junto ao professor **Celso Bastos**, faz duas indagações: 1. É vedada, pelo ordenamento jurídico nacional, a prática ou exploração de outras modalidades de jogos que não os referentes aos bingos? 2. É lícita a instalação de má-

quinas de jogo de azar ou outras diversões eletrônicas, ainda que em salas apartadas, mas dentro do mesmo empreendimento em que se explora o bingo? Conclui o ilustre parecerista que: "Não existe lei válida no momento prevendo a necessidade de autorização administrativa para a instauração da atividade de exploração de jogos de azar. Esta resta aberta ao setor privado, e ao Consulete resta o direito de nela ingressar, remanescendo ao Poder Público a iniciativa de, a qualquer momento que entender oportuno e conveniente, regulamentar aquilo que considere necessário". Para sustentar esse entendimento, o parecerista invoca o art. 170 da Constituição Federal: "Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei".

"É importante que a sociedade tome consciência dos malefícios ocasionados pelos jogos de azar, incluindo-se nesse conceito os bingos e as máquinas caça-níqueis."

É perceptível a existência de uma manobra dessas organizações vinculadas ao jogo de azar procurando descriminalizar conduta punida pela lei através dos mais diversos artifícios. Ao sustentar-se que o jogo de azar é o livre exercício da atividade econômica, simplesmente poder-se-ia invocar o mesmo dispositivo para o contrabando, o tráfico de entorpecentes, o tráfico de mulheres e outras tantas atividades criminosas.

A tática adotada pelas organizações ligadas ao jogo de azar faz com que se esqueça que as máquinas caça-níqueis configuram a contravenção penal prevista no art. 50 do Decreto-Lei nº 3.688/41.

Sobre o jogo de azar são importantes as anotações de **Valdir Sznick**:

"Como já salientamos a inscrição e a punição ao jogo é antiga; seus motivos são variados. Uma das maiores condenações lê-se na pena candente, e sempre batalhadora de Rui Barbosa:

'O jogo, o grande putrefactor, é a síntese cancerosa das raças amenadas pela sensualidade e pela preguiça; ela entorpece, caleja, desviriliza os povos, nas fibras de cujo organismo insinuou o seu germen proliferante e enextirpável.'

'Só o jogo — prossegue — não conhece renitências: com a mesma continuidade, com que devora as noites do homem ocupado e os dias do ocioso, os milhões do opulento e as migalhas do operário, tripudia uniformemente sobre as sociedades nas quadras de fecundidade e de penúria, de abastecimento

e de fome, de alegria e de luto" (apud **Bento Faria**, p. 189)⁽³⁾.

Em 18 de abril de 1999, o jornal *Agora* noticiou que "mesmo proibidas, duas mil máquinas caça-níqueis estão espalhadas pela cidade, atraindo apostadores que testam a sorte entre uma cerveja e outra, em botecos e lanchonetes de São Paulo, principalmente na Região Central e Zona Leste. O negócio está nas mãos de sete empresas da Grande São Paulo. Cada máquina fatura por mês cerca de R\$ 800,00. Metade desse valor fica para o dono do estabelecimento. A outra metade é da empresa que aluga o equipamento. A maioria das máquinas é importada da Espanha, mas há algumas que vêm da Tailândia. Apesar de estarem espalhadas por centenas de estabelecimentos, são ilegais, segundo a Prefeitura e a Lei Pelé (federal) que trata dos bingos".

A edição do jornal *Agora*, de 10 de agosto de 1999, relata que "A DIA (Direção Investigativa Antimáfia) de Roma (Itália) obteve um testemunho que liga o empresário Ivo Noal a uma rede do crime organizado internacional (...). A DIA já levantou parte do funcionamento da rede. Grupos mafiosos da Itália — como Barbaro (Calábria) e Senese (Nápoles) — 'importam' cocaína e heroína da Colômbia. A droga passa por pelo menos um entreposto (como o porto de Santos) e depois vai para a Itália. Parte do dinheiro é usado para comprar componentes eletrônicos para montar as máquinas de caça-níqueis, distribuídas por vários países — entre eles, o Brasil. Assim, o dinheiro da droga vai à Itália lavado".

A deturpação das idéias a respeito do jogo de azar tem ocasionado graves danos à sociedade e lucros astronômicos a organizações ou indivíduos suspeitos e até mesmo a organizações criminosas. Por incrível que pareça, a benevolência com que se trata a matéria estimula a movimentação de uma grande quantidade de dinheiro ilícito, incrementando inclusive algo mais grave que é o próprio crime organizado.

As máquinas caça-níqueis indiscriminadamente colocadas em padarias, lanchonetes, farmácias e outros estabelecimentos comerciais configuram a contravenção prevista no art. 50 do Decreto-Lei nº 3.688/41. Já os bingos irregulares e mesmo as fraudes ocorridas dentro da casa regularmente estabelecida podem configurar um dos cinco delitos previstos na Lei nº 9.615/98 (arts. 75 a 81).

Atualmente os jogos de bingo são permitidos em todo o território nacional (art. 59 da Lei nº 9.615/98). As entidades de administração e de prática desportiva podem credenciar-se junto à União para explorar o jogo de bingo permanente ou eventual, com a finalidade de angariar recursos para o fomento do desporto (art. 60).

A triste realidade indica que os órgãos governamentais que deveriam autorizar o credenciamento e fiscalizar o repasse dos recursos são inoperantes ou coniventes com as irregularidades que envolvem o jogo do bingo.

Muitas casas de jogo estão sendo abertas apenas com o protocolo junto ao INDESP-Instituto Nacional do Desenvolvimento do Desporto, autarquia federal cuja finalidade seria a de promover e desenvolver a prática do desporto.





O promotor de Justiça de Matão, dr. **Raul de Mello Franco Júnior**, menciona que foi aberto um bingo na comarca sem que houvesse a correspondente documentação autorizadora de funcionamento. Consta que o estabelecimento foi aberto apenas com o comprovante de protocolo do pedido de credenciamento e autorização do jogo perante o INDESP. Tal situação, segundo o gerente do "Bingo Matão", prevalece em centenas de bingos instalados no Estado de São Paulo, sendo certo que a lei, em momento algum, admite a exploração do jogo antes do credenciamento das entidades envolvidas (esportiva e/ou administradora) e da concessão de expressa autorização.

Os cinco delitos previstos na Lei nº 9.615/98 são os seguintes:

"Art. 75 - Manter, facilitar ou realizar jogo de bingo sem a autorização prevista nesta Lei:

Pena - prisão simples de seis meses a dois anos, e multa."

"Art. 77 - Oferecer, em bingo permanente

ou eventual, prêmio diverso do permitido nesta Lei:

Pena - prisão simples de seis meses a um ano, e multa de até cem vezes o valor do prêmio oferecido."

"Art. 79 - Fraudar, adulterar ou controlar de qualquer modo o resultado do jogo do bingo:

Pena - reclusão de um a três anos, e multa."

"Art. 80 - Permitir o ingresso de menor de dezoito anos em sala de bingo:

Pena - detenção de seis meses a dois anos, e multa."

"Art. 81 - Manter nas salas de bingo máquinas de jogo de azar ou diversões eletrônicas:

Pena - detenção de seis meses a dois anos, e multa."

É importante que a sociedade tome consciência dos malefícios ocasionados pelos jogos de azar, incluindo-se nesse conceito os bingos e as máquinas caça-níqueis. Embora haja a autorização do jogo de bingo pela Lei Pelé, há um evidente desvirtuamento da lei e um sensível aumento da exploração de jogos

de azar travestidos de "atividade de lazer", "atividade benemerita", "atividade lúdica" etc. Deve-se coibir as condutas ilícitas que envolvam o jogo de bingo clandestino e as máquinas caça-níqueis. Com a total ausência de fiscalização pelo órgão definido pela Lei Pelé e diante do interesse público que envolve a economia popular e as entidades desportivas de cada Estado, cabe ao operador do Direito verificar a legalidade de cada uma das casas de bingo em funcionamento no país. É preciso que toda sociedade se conscientize da relevância na persecução desses ilícitos penais.

NOTAS

⁽¹⁾ **Mazzilli, Hugo Nigro.** "Questões Criminais Controvertidas", São Paulo, Saraiva, 1999, pp. 543/544.

⁽²⁾ *Ob. cit.*, p. 544.

⁽³⁾ **Sznick, Valdir.** "Contravenções Penais", São Paulo, Editora LEUD, 1994, p. 235.

O autor é promotor de Justiça em São Paulo.

O Decreto nº 3.226, de 29 de Outubro de 1999: O Pecado Original e os Hereges do Fim do Milênio

BEATRIZ RIZZO CASTANHEIRA e CARMEN SILVIA DE MORAES BARROS

O indulto surge historicamente como perdão aos condenados à pena de morte. Posteriormente vai se ampliando e passa a ser usado como forma de evitar os tormentos excessivos, a crueldade e a tortura a que eram submetidos os condenados antes da execução da pena de morte. Era a indulgência do soberano, que sabia ser o detentor de um poder de punir fundado no excesso, cuja justificativa era a necessidade de afirmação e manutenção do poder político. Um Direito Penal feito à razão do Estado, instrumentalizado a serviço do poder político. Leis que previam penas atrozes e que depois poderiam ser perdoadas pelo soberano foram a tática usada ao longo dos últimos séculos como forma de suavizar o Direito Penal dos tormentos. Diante do Decreto nº 3.226/99, de 29 de outubro de 1999, o mais duro de todos os tempos, há que se perguntar por que razão o indulto sobrevive e chega ao fim do milênio? A princípio, se considerarmos que temos garantias constitucionais — que se estendem à execução da pena; que não temos pena de morte, nem prisão perpétua; que as penas cominadas, salvo alguns excessos, são quantitativamente razoáveis —, pareceria que o indulto natalino não tem mais qualquer sentido. No entanto, sua persistência deve ser atribuída às atrocidades que se mantêm. Não são mais atrocidades legais. São atrocidades piores, porque ilegais e ilegítimas: as atrocidades que continuam ocorrendo nos cárceres; os condenados que continuam sendo considerados cidadãos de segunda categoria, aos quais se impõe, na execução da pena, as mais variadas formas de submissão, tortura e exclusão, não previstas em lei e tampouco determinadas na sentença. A exe-

cução da pena privativa de liberdade se faz em excesso, como regra! Disso todos sabem, mas poucos se incomodam.

Os decretos de indulto foram progressivamente cedendo aos anseios políticos, sociais, fermentados pelos meios de comunicação de massa, de criminalização e de punição. Anualmente, é certo, do perdão presidencial têm sido excluídos os condenados à prática de crimes hediondos. Mas este ano nos deparamos com a exclusão do subversivo do momento: o ladrão. Aquele mesmo, o da esquina, pelo qual todos nós já fomos assaltados nos semáforos. Por que os prati-

"O Direito Penal nasceu como forma de negação da vingança, em descontinuidade a ela. Vimos, entretanto, com o decreto presidencial, claramente assumindo uma posição de parte e de vingança, o Direito Penal retroceder a um estágio selvagem, pré-jurídico."

cantes do crime de roubo foram excluídos? Porque são eles os hereges impenitentes do fim do milênio. Negando-lhes o perdão estamos, através do decreto, dando vazão à necessidade de expiação, pela pena, de alguns pecadores que não merecem perdão: que nos desassossegam; que nos fazem sofrer pessoalmente ou, pelo menos, assistir passivamente à violência social. São eles que nos

tiram o sono, nos deixam com síndrome de pânico e com doenças modernas, muito embora o delito por eles praticado seja tão velho quanto a própria humanidade. São eles que não permitem, porque estão em todas as esquinas e não apenas nas prisões, que esqueçamos que temos nossas próprias culpas a expiar, desde aquela que carregamos com a expulsão de Adão e Eva do paraíso.

Este é o decreto de indulto que melhor traduz, no campo da execução penal, a política criminal do Direito Penal máximo: decreto de perdão que não quer perdoar ninguém, ou pelo menos, quase ninguém que está preso. Os últimos censos penitenciários revelam que nossas cadeias não estão cheias de homicidas ocasionais e furtadores eventuais. Estão cheias de gente que praticou tráfico de entorpecentes e roubo com emprego de arma e em concurso de agentes, tentado ou consumado.

Mas nossa sociedade insiste em reduzir toda a violência e toda a criminalidade a essa criminalidade da exclusão. Razão tinha **Becker**, quando disse que cada sociedade tem, não os criminosos que merece, mas os que quer.

E assim, seguimos na onda do Direito Penal da ilusão. Um Direito Penal fruto de uma política criminal que ignora sua absoluta ineficácia como instrumento de "guerra ao crime"; que ignora a imensa cifra negra da criminalidade; que ignora os mecanismos de seleção da Justiça Penal e todo o seu alto potencial destrutivo.

O que de fato, então, podemos esperar do Direito Penal? Pouco, muito pouco, mas o suficiente. Como último mecanismo de controle social, a única concessão que uma sociedade civilizada pode fazer ao Direito Penal está fundada no reconhecimento de que nosso grau de civilidade ainda não foi suficiente para dominar nossas necessidades punitivas. E então o Direito Penal surge para controlá-las. Em que medida? Na medida em que a violência do próprio Direito Penal seja menor que a violência das reações informais da sociedade, caso não houvesse Direito Penal. Direito Penal, assim, só é legítimo se for





fundado no uso racional da violência punitiva, na busca da redução dessa violência. Direito Penal legítimo é apenas o Direito Penal de dupla proteção: de prevenção da violência do crime (proteção da sociedade) e de prevenção da violência contra o criminoso (proteção do indivíduo). Esse Direito Penal, já se vê, só pode ser mínimo.

Mas, se cientificamente está há muito comprovado que Direito Penal, se não for Direito Penal mínimo, é tão ou mais destrutivo que o próprio crime, o que faz com que uma sociedade mantenha e aprimore uma política criminal autofágica, de Direito Penal máximo, misturando retribuição com segregação social? Só mesmo a sociedade de expiação e purificação das culpas, que carregamos desde o pecado original.

O decreto presidencial esquece que Direito Penal não existe para extravar as necessidades punitivas do inconsciente coletivo; esquece que, ao contrário, deve ser fruto da razão; esquece, portanto, que as garantias constitucionais são metas a serem alcançadas e que para sua efetivação deve estar voltado todo o Direito Penal, ainda que se esbarre, por muito tempo, na incompreensão popular, na sua irracionalidade. Porque os princípios constitucionais sempre estarão adiante da convicção de setores sociais, devendo prevalecer sempre o sistema de garantias que a sociedade elegeu como base de sua Constituição.

A resolução, pois, do conflito entre anseios sociais de intervencionismo e garantismo está em buscar, não em manifestações populares, senão na manifestação dos valores constitucionalmente eleitos pela comunidade constituída no Estado, por mais que suas tendências profundas sejam menos progressistas.

No entanto, no decreto, mais uma vez

presenciamos as autoridades máximas do País agindo como se também tivessem dedo divino — expulsando os pecadores do paraíso, para trancafiá-los no mundo de rejeição e medo dos presídios. Vemos o decreto presidencial elevar os ladrões à categoria de hereges do fim do milênio, julgando-os moralmente de forma autoritária e irracional.

O Direito Penal nasceu como forma de negação da vingança, em descontinuidade a ela. Vimos, entretanto, com o decreto presidencial, claramente assumindo uma posição de parte e de vingança, o Direito Penal retroceder a um estágio selvagem, pré-jurídico.

Incrível! A pretensão do Direito é ser ciência, mas não parece que vá conseguir, pelo menos enquanto insistir em ignorar tudo o que as ciências a ele ligadas (Sociologia, Criminologia, Psicologia) já tiverem cientificamente comprovado. Não vai conseguir, enquanto ceder a ideologias e refutar teorias.

É importante lembrar que as fogueiras acabaram porque o povo se indignou com o excesso do espetáculo da execução penal dos suplícios e passou a ver no criminoso, a partir do momento em que estava nas mãos do poder público, uma vítima.

Nesse sentido, o Direito Penal do fim do milênio é bem mais cruel. A pena de prisão é a pena escondida, o que facilita ignorar sua brutalidade. Por não assistirmos — esvaziado que foi o espetáculo da execução já no século XVIII — não nos sentimos aviltados e essa deve ser considerada uma forte razão para que a indulgência soberana tenha chegado até nossos dias.

O indulto hoje continua sendo uma forma de por fim aos excessos da real pena de prisão, que é, por definição, a pena fracionada no tempo, ou a pena de cada minuto.

Sr. Presidente, sr. Ministro, pensávamos que Decreto de Indulto servia para distribuir perdão, indulgência, e não simplesmente pa-

ra dizer que não há mais perdão, nem misericórdia.

Ps. 1. Não podemos deixar de mencionar que, pelo menos no fim do milênio, os doentes terminais e tetraplégicos deixaram de ser hereges impenitentes. Aos autores de qualquer crime, em estágio avançado de moléstia grave e irreversível e aos tetraplégicos foi reconhecida a dignidade da pessoa humana. Não deixaram de ser seres humanos por conta da natureza do crime que cometeram. Podem receber o perdão humanitário, todos eles.

Ps. 2. Para aqueles que, eventualmente, venham a confundir este artigo com a "defesa do crime" ou com a "insensibilidade para com as vítimas", as autoras gostariam de esclarecer que já foram assaltadas, com arma de fogo, e detestaram tal experiência! Por isso sabem como se sentem as vítimas e podem imaginar como se sentem as vítimas de crimes mais graves. Não são insensíveis. Apenas acreditam que Direito Penal não é fruto da emoção e não age como substituto das vítimas, nem para dar vazão às necessidades punitivas do inconsciente coletivo. Para as autoras, Direito Penal é fruto da razão. E justamente por isso não estão defendendo o crime, mas apenas encarando-o cientificamente, em consequência do que só podem acreditar num Direito Penal racional, legítimo e constitucional.

As autoras são procuradoras do Estado de São Paulo, em exercício na Vara das Execuções Criminais da Capital; a primeira é mestranda em Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e, a segunda, mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

O Futuro das Prisões ou a Prisão do Futuro

Nos dias 5 e 6 de novembro, o **IBCCrim** realizou um seminário interno sobre prisões, em parceria com o Núcleo de Estudos da Violência da USP. Este encontro foi preparatório para o Seminário Internacional de 2000 "*O Futuro das Prisões ou a Prisão do Futuro*".

Pudemos contar, durante um dia e meio, com as reflexões de professores, pesquisadores, operadores jurídicos e militantes dos direitos a respeito de um tema que pouco tem tocado a opinião pública: o sistema prisional brasileiro é compatível com o regime democrático?

Num momento em que a sociedade, mobilizada pelo medo da violência e pelas inesgotáveis denúncias de corrupção do poder público, demanda punição, mais do que nunca é preciso parar e se interrogar sobre o sentido da prisão. Os participantes do seminário foram unânimes ao concluir que a prisão não tem caráter ressocializador e reintegrador. Estatísticas de reincidência comprovam ser a prisão apenas um lugar onde se pune. Os ex-presidiários carregam no corpo e na mente as marcas indeléveis da experiência prisional e, apesar de cumprido o castigo, jamais deixam de ser bandidos aos olhos dos outros.

A prisão, portanto, evidencia hoje a face vingativa de nossa sociedade e circunscreve no interior dos muros os problemas que não se quer ver e não se quer saber: o fracasso do Estado brasileiro nas políticas sociais, na prevenção dos crimes e no respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Esses sucessivos fracassos assumem dimensões dramáticas nas

FEBEM's. Instituições que deveriam enfatizar a educação e a preparação do indivíduo para a integração num mundo de valores democráticos, resumem-se à função repressora e reforçam a exclusão social dos jovens.

A palestra de abertura foi proferida pelo dr. **Pedro Armando Egidio de Carvalho**, que resgatou a origem do direito à dignidade humana e chamou a atenção para o caráter vingativo da prisão. A dra. **Maria Victoria Benevides** foi debatedora da sessão, enfatizando o arraigamento dos valores que justificam os maus-tratos no interior dos presídios e a necessidade de uma ampla educação em direitos que possa fazer frente ao pensamento majoritário da vingança.

Em seguida, três grupos de trabalho foram formados, onde houve a oportunidade de um debate altamente qualificado a respeito das pesquisas sobre prisões no Brasil, políticas penitenciárias e experiências inovadoras e, também, sobre o encarceramento dos jovens. Cada um dos grupos contou com a exposição de especialistas, somando um material riquíssimo para o debate.

Para encerrar o seminário, os drs. **Roberto da Silva** e **Silvia Leser de Melo** trouxeram experiências e reflexões instigantes sobre o cotidiano na prisão, a cultura dentro dos presídios e a complexa questão da subjetividade do encarcerado.

O professor **Sérgio Adorno** compilou as conclusões dos diferentes grupos de trabalho e apresentou-as ao público presente. Este relatório deverá ser brevemente publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*.

LEGISLAÇÃO

Decreto nº 3.226,
de 29 de outubro de 1999

*Concede indulto, comuta penas,
e dá outras providências.*

O **Presidente da República**, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso XII, da Constituição, tendo em vista a manifestação do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, e considerando a tradição de conceder, por ocasião das festividades comemorativas do Natal, perdão ao condenado em condições de merecê-lo, proporcionando-lhe a oportunidade de retorno útil ao convívio da sociedade, objetivo maior da sanção penal,

Decreta:

Art. 1º É concedido indulto ao:

I - condenado à pena privativa de liberdade não superior a seis anos que, até 25 de dezembro de 1999, tenha cumprido um terço da pena, se não reincidente, ou metade, se reincidente;

II - condenado à pena privativa de liberdade superior a seis anos que, até 25 de dezembro de 1999, tenha completado sessenta anos de idade e cumprido um terço da pena, se não reincidente, ou metade, se reincidente;

III - condenado à pena privativa de liberdade superior a seis anos que, ao tempo do crime contava menos de vinte e um anos de idade e até 25 de dezembro de 1999 tenha cumprido um terço da pena, se não reincidente, ou metade, se reincidente.

IV - condenado à pena privativa de liberdade superior a seis anos, pai ou mãe de filho menor de doze anos de idade incompletos até 25 de dezembro de 1999 e que, na mesma data, tenha cumprido um terço da pena, se não reincidente, ou metade, se reincidente;

V - condenado à pena privativa de liberdade que, até 25 de dezembro de 1999, tenha cumprido ininterruptamente quinze anos da pena, se não reincidente, ou vinte anos, se reincidente;

VI - condenado à pena privativa de liberdade, tetraplégico ou doente em estágio avançado de moléstia grave e irreversível, comprovado por laudo médico oficial ou, na falta deste, de médico designado, desde que não haja oposição do beneficiado, mantido o direito de assistência nos termos do art. 196 da Constituição Federal;

VII - condenado beneficiado com suspensão condicional da execução da pena até 31 de dezembro de 1998 ou que teve a pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direitos, desde que tenha cumprido metade do período de prova ou da pena;

VIII - condenado à pena privativa de liberdade não superior a oito anos, beneficiado com livramento condicional até 31 de dezembro de 1998;

IX - condenado que tenha obtido progressão a regime aberto até 31 de dezembro de 1998;

X - condenado à pena privativa de liberdade a ser cumprida, desde o início, em regime aberto, desde que, em 31 de dezembro de

1999, já tenha cumprido metade da pena.

§ 1º Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do indulto ficará subordinada à avaliação do juiz, que se valerá de todos os meios disponíveis para aquilatar as condições pessoais que façam presumir que não voltará a delinquir.

§ 2º O indulto previsto neste Decreto não se estende às penas acessórias (Código Penal Militar) e aos efeitos da condenação.

Art. 2º O condenado que, até 25 de dezembro de 1999, tenha cumprido um quarto da pena, se não reincidente, ou um terço, se reincidente, e não preencha os requisitos deste Decreto para receber indulto, terá comutada sua pena com redução de um quarto, se não reincidente, e de um quinto, se reincidente.

Art. 3º Constituem também requisitos para concessão do indulto e da comutação que o condenado:

I - não tenha cometido falta grave na forma prevista na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, durante os últimos doze meses de cumprimento da pena, computada a detração (art. 42 do Código Penal);

II - não esteja sendo processado por outro crime praticado com violência contra a pessoa, bem como não esteja sendo processado pelos crimes descritos no art. 7º deste Decreto.

Art. 4º Os benefícios previstos neste Decreto são aplicáveis, ainda que:

I - a sentença condenatória tenha transitado em julgado somente para a acusação, sem prejuízo do julgamento de recurso da defesa na instância superior;

II - haja recurso da acusação que não vise a alterar a quantidade da pena ou as condições exigidas para concessão do indulto e da comutação.

Art. 5º A pena pecuniária não impede a concessão do indulto ou da comutação.

Parágrafo único. O agraciado por comutação anterior terá seu benefício calculado sobre o remanescente da pena, sem prejuízo da remissão (art. 126 da Lei nº 7.210, de 1984).

Art. 6º As penas correspondentes a infrações diversas devem somar-se para efeito do indulto e da comutação.

Art. 7º O indulto previsto neste Decreto não alcança os:

I - condenados por crimes hediondos e pelos crimes de tortura, terrorismo e tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins;

II - condenados pelos crimes definidos no Código Penal Militar que correspondam às hipóteses previstas nos incisos I e III deste artigo;

III - condenados que, embora solventes, tenham deixado de reparar o dano;

IV - condenados por roubo com emprego de arma de fogo;

V - condenados por roubo que tenham mantido a vítima em seu poder ou de outra forma restringido sua liberdade.

Parágrafo único. As restrições deste artigo, do § 1º do art. 1º e do art. 3º deste

Decreto não se aplicam às hipóteses previstas no inciso VI do art. 1º.

Art. 8º A autoridade que custodiar o condenado ou que for responsável pelo acompanhamento da suspensão condicional da pena e do livramento condicional, bem como o Conselho Penitenciário, encaminharão ao juiz da Execução Penal a indicação daqueles que satisfaçam os requisitos necessários para a concessão dos benefícios previstos neste Decreto, no prazo de trinta dias, contados de sua publicação.

§ 1º O procedimento previsto no *caput* deste artigo poderá iniciar-se de ofício, a requerimento do interessado, de quem o representante, de seu cônjuge, parente ou descendente, do Ministério Público, do Conselho Penitenciário, dos Conselhos da Comunidade, da autoridade administrativa e do médico que assiste o condenado tetraplégico ou doente em estágio terminal.

§ 2º O juiz da Execução Penal proferirá decisão no prazo de trinta dias, a contar do recebimento da indicação ou do requerimento.

Art. 9º Os órgãos centrais da Administração Penitenciária preencherão quadro estatístico, de acordo com o modelo Anexo a este Decreto, devendo encaminhá-lo, até 31 de março de 2000, ao Departamento Penitenciário Nacional da Secretaria de Justiça do Ministério da Justiça.

Parágrafo único. O cumprimento do disposto neste artigo será fiscalizado pelo Departamento Penitenciário Nacional e verificado nas oportunidades de inspeção ou de estudo de projetos lastreados em recursos do Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN.

Art. 10. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 29 de outubro de 1999;
178º da Independência e 111º da República.

Fernando Henrique Cardoso
José Carlos Dias

ANEXO

Motivos Determinantes da Condenação	Beneficiados		Pelos Artigos	
	1º		2º	
	masc.	fem.	masc.	fem.
1 - Crimes Contra a Pessoa				
Homicídio				
Lesões Corporais				
Outros				
2 - Crimes Contra o Patrimônio				
Furto				
Roubo				
Extorsão				
Estelionato				
Outros				
3 - Crimes Contra os Costumes				
Todos				
4 - Crimes Contra a Paz Pública				
Todos				
5 - Crimes Contra a Fé Pública				
Todos				
6 - Crimes Contra a Administração Pública				
Todos				
TOTAL				

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE

Prisão em Flagrante: Aspectos Sociais e Sua Importância Processual

EDUARDO DE PAULA MACHADO

A prisão em flagrante dentro do Direito Processual Penal é, sem sombra de dúvidas, o instituto que confere ao magistrado, bem como ao órgão ministerial, boa parte da verdade sobre os fatos delituosos que ensejaram sua ocorrência: sua localização espacial, temporal e acima de tudo sua autoria.

Todavia, os meios de comunicação, diante dos debates sobre direitos humanos, noticiam com frequência cada vez maior os abusos cometidos pelas autoridades: agressões, homicídios praticados por policiais e confissões "não espontâneas", principalmente.

Admitamos então, apenas como um exercício de reflexão, que nos deparemos com dois inquéritos policiais — um aberto através de portaria da autoridade policial e outro por via de auto de prisão em flagrante. Não é difícil imaginar em qual deles várias diligências deverão ser cumpridas para a formação do *opinio delicti*, tal como ensina o professor **José Frederico Marques**: "(...) *imprescindível se torna um perfeito conhecimento, pelo magistrado, dos fatos que devam ser enquadrados nas normas penais, para atuar os seus poderes jurisdicionais em harmonia com a vontade concreta da lei*".⁽¹⁾

Ora, se a busca da verdade deve se basear na prova colhida nos autos, aquele primeiro inquérito, iniciado por via de prisão em flagrante certamente reunirá elementos suficientes para a proposição da ação penal, enquanto o outro, cuja autoria ainda não foi desvendada, deverá percorrer todo um trâmite entre a delegacia de origem, a especializada e o Ministério Público, para que possa enfim dar ensejo à denúncia.

Agora, qual a validade de qualquer ato processual eivado de vícios, principalmente quando iniciado por via de auto de prisão em flagrante obtido através de abuso da autoridade? A certeza da aplicação da norma penal depende, essencialmente, do respeito aos preceitos constitucionais que norteiam este ramo do Direito, de importância social vista no dia-a-dia.

Neste contexto, nos deparemos com o conflito entre a necessidade da prisão em flagrante — como principal fonte de produção da prova — e a sua ilicitude ao se burlarem os preceitos processuais e constitucionais. Primeiramente, a existência do *fumus boni iuris* é indiscutível: **Hélio Tornaghi**⁽²⁾ faz um esclarecimento bastante di-

dático sobre a importância do flagrante, afirmando que esta tem três aspectos principais, a exemplaridade que serve de advertência aos maus, a satisfação que restitui a tranquilidade aos bons, e o prestígio restaurador da confiança na lei, na ordem jurídica e na autoridade. Elenca ainda o ilustre professor duas consequências secundárias do flagrante: frustrar o resultado pretendido pelo agente, evitando a consumação do crime, ou pelo menos o seu exaurimento, e proteger o próprio preso contra a exasperação do povo.

Por outro lado, após toda a elaboração do auto de prisão em flagrante, o juiz competente deve fazer minuciosa análise sobre a estrita obediência da legalidade, a qual uma vez corrompida, culmina com a nulidade do flagrante e, por consequência processual, seu relaxamento. Além dos requisitos formais, faz-se necessário o *periculum libertatis* para

a manutenção desta custódia processual, eis que o parágrafo único do art. 310 do CPP, atribui ao magistrado o poder de conceder ao indiciado a liberdade provisória com ou sem fiança, verdadeiro direito subjetivo quando não presentes os requisitos do art. 312 do mesmo diploma.

Assim sendo, o respeito às normas constitucionais e processuais tem dupla garantia dentro do processo penal: para o acusado, representa a certeza de que as autoridades não poderão infringir os preceitos relativos à pessoa humana e à sua liberdade, consagrados principalmente pela Lei Maior; já no que tange à importância probatória do flagrante, a existência de formalidades reveste este instituto de legalidade, no sentido de que obedecidas as prerrogativas legais, não poderá o inculcado se evadir do distrito da culpa (efeito imediato), garantindo o ritmo dinâmico do processo penal, bem como evitará que "nulidades", sob a égide da teoria da árvore dos frutos envenenados, sejam suscitadas em desfavor da sociedade (efeito mediato).

NOTAS

⁽¹⁾ **Frederico Marques, José**. "Elemento de Direito Processual Penal", São Paulo, Forense, 1965, vol. I, p. 69.

⁽²⁾ **Tornaghi, Hélio**. "Manual de Processo Penal (Prisão e Liberdade)", vol I, SP-RJ, Freitas Bastos, 1963.

O autor é quartanista de Direito na USP.

Entidades associadas com o IBCCrim que recebem mensalmente o Boletim:

- Associação dos Juizes Federais do Brasil - AJUFE

AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas
- Ministério Público do Amazonas

CEARÁ

- Associação Cearense de Magistrados
- Associação Cearense do Ministério Público

DISTRITO FEDERAL

- Associação dos Magistrados do Distrito Federal
- Associação do Ministério Público do Distrito Federal

GOIÁS

- Associação Goiana do Ministério Público

MATO GROSSO

- Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso

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 - Núcleo de Estudos e Atualização em Direito - *Belo Horizonte*

PARÁ

- Associação do Ministério Público do Estado do Pará

RIO DE JANEIRO

- Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

- Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC)

SANTA CATARINA

- Associação Catarinense do Ministério Público
- Fundação Universidade Regional de Blumenau - SC

SÃO PAULO

- Associação de Ensino Superior Paulista - UNICID
- Associação Paulista do Ministério Público
- Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
- Complexo Jurídico Damásio de Jesus
- Curso C.P.C.
- Curso Forense - Ribeirão Preto
- Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha - *Marília*
- Secretaria de Estado da Administração Penitenciária
- Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo - SINDPESP
- Triunphus - Curso Preparatório para Carreiras Jurídicas - *Sorocaba*
- Veredito Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas - *Campinas*

PERU

- Departamento de Dignidade Humana da Comisión Episcopal de Acción Social (CEA's)

APLICAR ANÚNCIO DA RT NA GRÁFICA