



COMUNICADO

A diretoria do **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim**, em face do ofício recebido do professor **Miguel Reale Jr.**, coordenador do Grupo de Trabalho, nomeado pelo sr. ministro da Justiça, dr. **José Carlos Dias**, para realizar o diagnóstico acerca do atual Sistema Criminal Brasileiro, convida todos os seus associados para que contribuam com informações e propostas sobre a matéria (*Sistema Penal, Processual Penal, Execução Penal e de Menor*), a fim de enviá-las ao referido grupo de trabalho, para que possa ultimar a tarefa pretendida.

Carlos Vico Mañas, presidente.

Exmo. Dr. **Carlos Vico Mañas**
Presidente do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Prezado Presidente

Como é de seu conhecimento, o ministro da Justiça vem de constituir Comissão Especial encarregada de realizar amplo diagnóstico acerca do Sistema Criminal Brasileiro, para com vistas em dados da realidade formular uma Política Criminal, buscando dar eficácia ao Direito Penal e à Execução Penal.

Neste sentido, a primeira tarefa da Comissão consiste em obter informações sobre o funcionamento dos diversos órgãos que compõem o siste-

ma criminal em todo o País. Deste modo, venho solicitar, na condição de coordenador da Comissão, o fundamental auxílio deste prestigioso Instituto, com vistas a contribuir com informações e propostas, bem como se valer de entidades congêneres, filiadas ao Instituto em diversas unidades da Federação, para que possam igualmente trazer à Comissão os dados de realidade que permitam o melhor possível traçar um quadro da operacionalidade do Sistema Criminal.

Desde já agradecendo a atenção ofertada a esta solicitação, apresento meus protestos de estima e consideração.

Cordialmente,

Miguel Reale Júnior
Coordenador

NOTÍCIA

**Secretário da
Segurança Pública
de São Paulo
visita o IBCCrim**

O Secretário da Segurança Pública de São Paulo, dr. **Marco Vinicio Petrelluzzi**, esteve presente na sede do **IBCCrim** no último dia 28 de outubro, onde se reuniu com a diretoria e diversos associados, expondo seus projetos à frente da Pasta.

PALESTRA

- **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim** e o **Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana - Condepe** promoverão, dia 16 de novembro, com início às 19 horas, no Auditório da Secretaria de Justiça (Pateo do Colégio, 184), palestra com o professor **Louk Hullsman** sobre

**"Prisões... Para Que Servem?
- Abolicionismo Penal".**

As inscrições são gratuitas e podem ser feitas pelos telefones:
(0XX11) 3105-4607 (IBCCrim) ou
(0XX11) 3105-1683 (Condepe).

ÍNDICE

Boletim IBCrim - Novembro/99 - n° 84

• A Lei de Tortura Derrogou a Lei dos Crimes Hediondos?	02
- Damásio E. de Jesus	02
• Alteração Legislativa: Lei nº 9.839, de 27.09.99	02
• Indulto Humanitário - Favor Legal ou Direito do Condenado?	03
- Alessandra Teixeira	03
• Direito Penal e Globalização	04
- Eduardo Luiz Santos Cabette	04
• Juri: Autoria e Materialidade no Mesmo Quesito?	05
- Herminio Alberto M. Porto e José Carlos M. Bonilha	05
• Revisão Criminal e Soberania do Tribunal do Juri	07
- Guilherme de Souza Nucci	07
• Prisão Preventiva, Tráfico de Drogas e a Lei nº 9.714/98	08
- André Luis Callegari	08
• Direito Penal Econômico: Os Fins Justificam os Meios?	09
- Alice Bianchini	09
• Foro Por Prerrogativa de Função:	10
Nova Diretriz do STF (Cancelamento da Súmula 394)	10
- Geraldo Magela e Silva Meneses	10
• A Propósito de Uma Crítica de Schünemann a Mir	11
- Paulo Queiroz	11
• Lei nº 9.839/99: Inaplicabilidade da	12
Lei dos Juizados Especiais na Justiça Militar	12
- Edson Miguel da Silva Júnior	12
• Publicidade na Investigação Criminal	13
- Paula Bajer Fernandes Martins da Costa	13
• Quem Tem Medo da Publicidade no Inquérito?	13
- Alberto Zacharias Toron e Maurides de Melo Ribeiro	13
• Com a Palavra, o Estudante: O Caso Pinochet à Luz do	02
Direito Penal Internacional	02
- Guilherme Merolli	14

Caderno de Jurisprudência

• O Direito Por Quem o Faz: Fixação da Pena. Fundamentação.	395
"Intensidade do Dolo" é Qualificação Inadequada	395
• O Direito Por Quem o Faz: Mandado de	395
Segurança nº 294.185-3/5 - Faculdade aos Advogados	395
a Possibilidade de Tirar Cópias dos Autos	395
• O Direito Por Quem o Faz: É Passível de Ser Impugnada	396
Por Meio de Habeas-Corpus Decisão Que Decreta Quebra	396
do Sigilo Bancário no Curso do Inquérito Policial	396
• Supremo Tribunal Federal	397
• Superior Tribunal de Justiça	398
• Tribunal Regional Federal	399
• Trib. Sup. Eleitoral/Trib. Reg. Eleitoral	400
• Tribunal de Justiça	401
• Tribunal de Alcáida Criminal	402

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 Bartoli

1º Secretário: Geraldo de Faria Lemos Pinheiro

2º Secretário: Carlos Alberto Pires Mendes

3º Secretário: Sílvia Helena Furtado Martins

Tesorero: Adriano Salles Vanni

Tesorero-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 IBCrim

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

A Lei de Tortura Derrogou
a Lei dos Crimes Hediondos?

DAMÁSIO E. DE JESUS

O art. 1º, § 7º, da Lei de Tortura (Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997), contempla somente o início de cumprimento da pena em regime fechado, enquanto o art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), determina o regime fechado durante todo o período de execução. Daí a questão: a Lei de Tortura, nesse particular, derogou a Lei dos Crimes Hediondos? Em outros termos: em face da Lei de Tortura, os delitos previstos na Lei dos Crimes Hediondos admitem progressão, impondo-se o regime fechado somente no início do cumprimento da pena? Há duas orientações:

1ª) A Lei nº 9.455/97 não derogou a Lei dos Crimes Hediondos, sendo aplicável somente aos delitos de tortura (STF, HC nº 76.371, Plenário, rel. para o acórdão ministro Sydney Sanches, DJU 22.05.98, p. 5; STF, HC nº 76.894, 1ª Turma, rel. ministro Ilmar Galvão, DJU 22.05.98, p. 5; STF, HC nº 76.936, 1ª Turma, rel. ministro Sydney Sanches, DJU 18.09.98, p. 5; STF, HC nº 76.617, 2ª Turma, rel. ministro Carlos Velloso, DJU 02.10.98, p. 3; STJ, RHC nº 7.619, 5ª Turma, rel. ministro José Dantas, DJU 28.09.98, p. 84; STJ, RHC nº 7.776, 6ª Turma, rel. ministro Fernando Gonçalves, DJU 28.09.98, p. 120; STJ, HC nº 7.182, 5ª Turma, rel. ministro Félix Fischer, DJU 19.10.98, p. 112; STJ, Petição nº 956, 5ª Turma, rel. ministro Félix Fischer, DJU 19.10.98, p. 111; STJ, HC nº 9.574, 6ª Turma, rel. ministro Fernando Gonçalves, j. 10.08.99, DJU 20.09.99, p. 88; STJ, REsp nº 186.428, rel. para o acórdão o ministro Fernando Gonçalves, DJU 20.09.99, p. 91; REsp nº 194.038, 6ª Turma, rel. p/o acórdão o ministro Fernando Gonçalves, DJU 20.09.99, p. 92; REsp nº 196.241, 6ª Turma, rel. para o acórdão o ministro Fernando Gonçalves, DJU 20.09.99, p. 92);

2ª) A Lei de Tortura derogou a Lei dos

Crimes Hediondos, de maneira que é admissível a progressão nos delitos previstos por esta última (STJ, HC nº 7.185, 6ª Turma, rel. ministro Vicente Leal, DJU 10.08.98, p. 81; STJ, RHC nº 8.046, 6ª Turma, rel. ministro Vicente Leal, DJU 14.12.98, p. 306; STJ, RHC nº 7.856, 6ª Turma, rel. ministro Vicente Leal, DJU 14.12.98, p. 304; STJ, HC nº 8.264, 6ª Turma, rel. ministro Fernando Gonçalves, DJU 03.05.99, p. 180; STJ, HC nº 8.004, 6ª Turma, rel. ministro Fernando Gonçalves, DJU 03.05.99, p. 179; STJ, HC nº 8.181, 6ª Turma, rel. ministro Fernando Gonçalves, j. 8.06.99, DJU 20.09.99, p. 86; STJ, HC nº 8.640, 6ª Turma, rel. ministro Vicente Leal, DJU 20.09.99, p. 87).

Verifica-se que, no STF, prevalece pacificamente a orientação da inexistência de derrogação. No STJ, a 5ª Turma adota a primeira posição; a 6ª Turma, a segunda.

Nossa posição: a segunda, com fundamento no princípio constitucional da proporcionalidade. O art. 5º, XLIII, da CF, equipara o delito de tortura aos hediondos e assemelhados. Ora, se a Lei de Tortura, posterior à Lei dos Crimes Hediondos, admite a progressão, de estender-se o benefício a estes e assemelhados, por aplicação retroativa da norma mais benigna (CF, art. 5º, XL; CP, art. 2º, parágrafo único).

Observação: nota-se que o ministro Fernando Gonçalves, da 6ª Turma do STJ, aparece nas duas correntes. Ocorre que mudou de opinião na sessão de 10 de agosto de 1999, enfraquecendo essa posição, que já havia perdido, pela aposentadoria, os votos do ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

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

ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

Lei nº 9.839,
de 27 de Setembro de 1999

Acrescenta artigo à Lei nº 9.099,
de 26 de setembro de 1995.

O Presidente da República
Faço saber que o Congresso Nacional
decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º - A Lei nº 9.099, de 26 de setembro
de 1995, passa a vigorar acrescida do seguinte
artigo:

"Artigo 90-A. As disposições desta lei não
se aplicam no âmbito da Justiça Militar".

Art. 2º - Esta lei entra em vigor na data de
sua publicação.

Brasília, 27 de setembro de 1999;
178º da Independência
e 111ª da República.

Fernando Henrique Cardoso

(Publicada no Diário Oficial da União
de 28 de setembro de 1999)

Indulto Humanitário - Favor Legal ou Direito do Condenado?

ALESSANDRA TEIXEIRA

Tem se tornado comum em nosso ordenamento jurídico a crença de que o caráter humanitário da clemência presidencial anualmente concedida aos doentes terminais e tetraplégicos deve restringir-se à expectativa de "morte digna" do condenado à pena privativa de liberdade.

Assim, concede-se o indulto humanitário àquele cuja pena corporal não tem mais onde e como incidir, face ao desaparecimento de seu próprio objeto, a saber, a liberdade de ir e vir advinda de um corpo são. Em tais casos, a reprimenda não mais se justifica, tal como já sustentou o i. jurista, dr. **Pedro Armando Egydio de Carvalho**.

Neste exato ponto, ainda que com aplicação restritiva, parecem todos concordar. Menciona-se a restrição acerca de tal entendimento, diante da não concessão da benesse aos cometedores de delitos hediondos, vedação esta que o próprio chefe do executivo vem prevendo reiteradamente na expedição dos decretos anuais, e que, muito embora inconstitucional e incoerente, tem sido definitivamente acolhida por nossos tribunais.

No entanto, afastando, por ora, toda a celeuma oriunda da negativa da clemência face à hediondez do delito, voltemo-nos ao centro de nossa reflexão: o caráter do benefício a que se refere.

A questão que se propõe é muito simples e exige a resposta mais lógica e de maior afinidade para com os ditames constitucionais. Aonde residiria com mais precisão a dignidade que se pretende resguardar no diploma legal: na morte ou na vida? Ou, dispondo a proposição de forma direta e contundente, seria o caso de se viabilizar a morte digna ou a vida digna do sentenciado?

Ora, por ser humanitário, o indulto há de ser concedido, não frente à ausência de expectativa de sobrevida do condenado, mas, ao contrário, deve perseguir esta expectativa, sob pena de reduzir-se ou ainda aniquilar-se o caráter humanitário da benesse, relegando todo o espírito do decreto a meramente o aguardo (como condição para a concessão, o que é ainda pior) do falecimento do paciente, inconcebendo a possibilidade de sobrevida.

Para ilustrar a questão que se propõe, coloquemos uma situação fática: de um lado, o sentenciado, portador do vírus HIV, com a doença já manifestada, sendo mais que imperiosa a necessidade de tratamento médico adequado, ou ainda de iniciar-se uma terapêutica anti-retroviral específica, a fim de coibir a morte num curto espaço de tempo; de outro lado, temos este sentenciado cumprindo pena em estabelecimentos prisionais (distritos, cadeias públicas, penitenciárias) que, notadamente, não ostentam qualquer condição de prestar-lhe tal assistência que, frise-se, é um dever do Estado enquanto custodiador deste preso. Qual é a solução mais digna? Aguardar-se o "estágio avançado e irreversível da moléstia" para então lhe fornecer este "direito a uma morte digna", ou atender-se com a maior celeridade o direito conferido a este preso enquanto sujeito de direitos

irrenunciáveis e imprescritíveis, conferidos pela Carta Magna?

A inclinação à primeira resposta nos torna coniventes com a aplicação incontestada das penas cruéis, notadamente a pena de morte, situação esta que, lamentavelmente, vem se perpetuando em nosso sistema de execução penal, bem como em nossa política criminal, vez que o Poder Público se furta da expedição e aplicação de quaisquer medidas (legisferantes ou não), a fim de coibir tal grave violação.

"Logo, num momento em que os estudiosos dos direitos humanos voltam suas atenções e preocupações à pouca ou nenhuma eficácia ostentada pelos direitos sociais (ou de 3ª geração) em nosso Estado de Direito, é importante que não caiamos na armadilha firmada pela falsa convicção de que as garantias individuais, ao contrário, encontram efetiva consolidação nesse mesmo Estado."

Neste diapasão, é imperioso que se tenha em mente que a concessão do indulto, para tais sentenciados, acaba por constituir-se em possibilidade única de **sobrevida**, na medida em que viabiliza algum tipo de terapêutica inexistente em nosso sistema prisional, ressaltando que tal garantia de sobrevida constitui-se, logicamente, não um favor legal, mas sim direito constitucionalmente previsto e tutelado, que emerge, inicialmente, do princípio constitucional basilar da dignidade da pessoa humana, bem como de seus corolários, a saber, as normas vedadoras das penas cruéis, de morte, etc.

Vale lembrar que as normas constitucionais garantidoras da individualização da pena, vedadoras das reprimendas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis, bem como aquelas que asseguram o respeito à integridade física e moral dos presos, são compreendidas como normas de eficácia absoluta. Isto equivale dizer que, além de serem absolutamente intangíveis (tanto que inseridas nas cláusulas pétreas), produzem efeitos concretos, bem como sua aplicabilidade a nada se restringe.

De tal sorte, por independerem de qualquer instrumento legal que as efetivem, sua aplicação deveria preponderar, na dinâmica jurisdicional, devendo ser inadmissível a evocação de quaisquer outros diplomas, quer para emprestar-lhes efetividade, quer para retirar-lhes tal atributo.

Logo, o Presidente da República, no uso de suas atribuições, ao expedir o decreto de

indulto, não pode se furtar à aplicação de tais princípios, bem como não pode contra estes dispor, vez que sua discricionariedade é extremamente mitigada pela sobreposição de direitos individuais que transbordam a mera esfera de "favor legal" da benesse.

Por outro lado, os operadores do Direito (juízes especialmente), ao conferirem aplicação a tal decreto, recorrendo, para tanto, à interpretação teleológica, não podem olvidar-se dos já explicitados preceitos constitucionais, sob pena de acabarem também por ferir o resguardo a tais direitos, além de infligirem penas cruéis a estes sentenciados acometidos de moléstia grave.

Para dar contornos realísticos a tão escabroso cenário que se avulta, fornecemos dados concretos extraídos de experiências acolhidas junto ao Hospital Central do Departamento de Saúde do Sistema Penitenciário, atualmente o único estabelecimento, no Estado de São Paulo, a tratar exclusivamente de presos portadores do HIV, mormente em estágio avançado da doença.

Referido hospital recebe, diariamente, pacientes oriundos não só de toda a rede Coespe, como também detentos de distritos e cadeias públicas. Ao ingressarem em mencionado hospital, mencionados presos ostentam um quadro geral extremamente comprometido, face à completa ausência de qualquer tratamento médico nos estabelecimentos prisionais de origem, geralmente apresentando uma severa imunossupressão (profunda mitigação do sistema imunológico), além das diversas infecções oportunistas instaladas, acabando muitos deles por falecer antes que se dê início a qualquer terapêutica.

Quanto àqueles em que se inicia a específica terapêutica (a chamada "anti-retroviral"), quando é possível se obter parcial melhora e aderência à medicação, ocorre a inevitável "alta" e conseqüente reingresso ao estabelecimento prisional de origem. Neste momento se dá o maior gravame: o abandono da terapêutica antes instituída, tem o condão de provocar, além de uma piora em seu estado geral, uma verdadeira "resistência medicamentosa ao coquetel anti-retroviral", extraindo-lhes as chances de sobrevida, nos dizeres do infectologista do Hospital Central, dr. **Orlando Florentino Araújo Filho**.

Portanto, o ingresso no sistema prisional enterra, definitivamente, qualquer esperança de sobrevida a estes "duplamente condenados"; ou seja, além de lhes ser infligida uma pena corporal "proporcional e razoável", que deveria retirar-lhes tão-somente a liberdade (mas não a dignidade), vêm-se inegavelmente destinados à morte dentro do estabelecimento custodiador, sendo seu óbito quase que anunciado pela deficiência/falência do sistema.

O legislador italiano, em maior consonância com os instrumentos internacionalmente firmados para a proteção dos direitos humanos (notadamente a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984, que o Brasil ratificou em 1989) e muito mais atento e sensível à questão, adotou, desde 1993 através da **Lei nº 222/93**, convertida em Decreto-Lei nº 139, e recentemente pela **Lei nº 231**, de 12 de julho de 1999, a completa incompatibilidade entre o cárcere e a Aids.





Referidos diplomas normatizaram duas formas de "remédio", a fim de coibir tal tratamento desumano a que o portador do HIV se vê submetido dentro da prisão: a **suspensão da execução da pena** (aos definitivamente condenados) e a **vedação da prisão cautelar** aos presos provisórios (antes da sentença condenatória definitiva).

Tais soluções jurídicas, dignas de verdadeiro aplauso sob todos os pontos de vista, são absolutamente compatíveis com nosso sistema, e potencialmente aplicáveis, vez que em completa consonância com os ditames de nossa CF de 1988. A elas, inclusive, seria viável acrescentarmos demais possibilidades, tais como a prisão domiciliar (a legalmente prevista e infelizmente pouquíssimo aplicada Prisão Albergue Domiciliar - P.A.D.), ou a decretação de extinção de punibilidade, face ao já citado desaparecimento do objeto de incidência da pena.

Outra solução concebida e adotada pioneiramente pelo mm. juiz de Direito, dr. **Benedito Roberto Garcia Pozzer**, vem a ser a concessão de **livramento condicional cautelar** aos sentenciados acometidos pela Aids, ainda que ausente o requisito de caráter objetivo, dadas as circunstâncias pessoais pelos mesmos ostentadas, e a conseqüente prevenção de não reincidência.

A competente sentença precursora de tal entendimento foi devidamente confirmada em instância superior, quando do julgamento de recurso interposto pelo Ministério Público pretendendo a reforma de referida decisão, mediante v. acórdão, cuja ementa segue transcrita:

"A concessão de livramento condicional, antes do cumprimento de 1/3 da pena, ao sentenciado primário e portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (Aids) em estado avançado, traduz-se em medida excepcional e de caráter humanitário, pois diante desse mal a finalidade da pena não faz sentido nem a ele nem à sociedade" (Ag. nº 242.888-3/8, 6ª Câm. do TJSP, j. 26.02.98, rel. des. **Irineu Pedrotti**, RT 752/588).

No entanto, não obstante a produção de referido entendimento em nossa jurisprudência representar notável avanço em matéria de humanização da pena, nossos operadores jurídicos, talvez por timidez ou ainda por escassíssimo interesse, ainda vêm preferindo utilizar-se tão-somente do decreto presidencial natalino, aplicando-o mecanicamente, acautando suas inconstitucionais vedações, não enfrentando seu verdadeiro caráter.

Logo, num momento em que os estudiosos dos direitos humanos voltam suas atenções e preocupações à pouca ou nenhuma eficácia ostentada pelos direitos sociais (ou de 3ª geração) em nosso Estado de Direito, é

importante que não caiamos na armadilha firmada pela falsa convicção de que as garantias individuais, ao contrário, encontram efetiva consolidação nesse mesmo Estado. É importante que notemos a existência de uma categoria de pessoas a quem, lamentavelmente, não é vislumbrado o resguardo quicá mínimo a tais direitos, uma vez que, além de se encontrarem submetidas, constante e comumente, a formas de tratamento odiosas como a tortura, deparam também com a imposição de penas degradantes e cruéis.

É preciso, portanto, que reflitamos. Se não somos capazes de seguir o louvável exemplo do legislador italiano, instrumentalizando direitos materiais constitucionalmente previstos que, em verdade, nem careceriam de tal regulamentação para serem efetivados, então ao menos analisemos o verdadeiro espírito do decreto do indulto humanitário, ampliando seu caráter humanitarista e não restringindo-o, bem como lembrando que, por mais absurdo que possa parecer, tal "benefício" consiste em único meio de se fazer valer a **dignidade** do sentenciado acometido pela Aids, e seu indelevel **direito à vida**.

A autora é advogada da Funap e presta assistência judiciária aos presos-pacientes do Hospital Central do Departamento de Saúde do Sistema Penitenciário em São Paulo.

Direito Penal e Globalização

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

*"Quem não dá pão ao faminto
Quer a violência."*
Bertolt Brecht

O modelo econômico sem dúvida tem grandiosa influência na teorização do Direito Penal, especialmente na formação do discurso referente às finalidades da pena.

Torna-se fácil compreender os argumentos do discurso "ressocializador" ou "recuperador" num contexto em que a mão-de-obra humana tem valor na dinâmica do processo econômico. Mas e quando, ao contrário, a mão-de-obra passa a abundar; quando a tecnologia pode cada vez mais substituir com vantagens o trabalho humano?

Será que um indivíduo desgarrado continua sendo encarado como uma peça importante no conjunto social, ou seu descarte passa a ser uma solução, até mesmo um objetivo a ser perseguido para a funcionalidade da nova conformação?

Parece que as relações entre exploradores e explorados vão sendo substituídas sem muito vagar por um conflito entre incluídos e excluídos, onde não mais existe valor algum, ainda que meramente comercial ou econômico, atribuído por aqueles que ocupam o topo da escala social em relação aos demais.

Se esta relação vertical se processava numa opressão que visava o domínio das massas exploradas, hoje tal domínio não se apresenta com os mesmos atrativos e a relação vertical tende a ser transmutada para uma pressão no sentido de "esmagar" e descartar os chamados excluídos, pois que estes não interessam ao sistema, ao contrário, constituem elementos de entrave que devem

ser expurgados por vias diretas e indiretas.

Esta a constatação de **Zaffaroni**⁽¹⁾, especificamente quanto às conseqüências da globalização na região marginal da América Latina:

"El fenómeno tiene a crear en los países latinoamericanos una massa excluída que no responde a la dialéctica explotador/explotado, sino a una no relación entre excluído/incluído. El explotado contaba, era tenido en cuenta y estaba dentro del sistema, como explotado pero dentro, el excluído no cuenta, está de más, es un descartable que no sirve, sólo molesta. La lógica de este esquema, si no se lo interrumpe, es el genocidio."

"Aos operadores do Direito caberá a árdua tarefa de defender os princípios e valores que garantem os limites da atuação legítima do Direito Penal."

O Direito Penal pode surgir neste contexto como um instrumento direto de destruição desses excluídos, servindo plenamente aos designios inconfessáveis do novo modelo. Essa tendência é visível no "quadriculamento milimétrico" que se dissemina com mais e mais leis penais a atingirem campos que a fragmentariedade tornaria inacessíveis ao Direito Penal como *ultima ratio*. Além disso o discurso da recuperação vai cedendo lugar a respostas muito mais extremadas como a consideração da pena de morte ou a redução da menoridade penal.

E mesmo em outras áreas se verifica a atuação do sistema nessa tendência genocida, como por exemplo no crescente desinteresse pelas questões previdenciárias, de assistência médica gratuita e educação pública. Todos estes fatores empurram a massa excluída para as garras do sistema penal ou diretamente para a morte devido ao mais absoluto abandono e falência do Estado como entidade assistencial e promotora da igualdade. Aliás, esse Estado vai se tornando uma figura de retórica, uma "palavra gasta", para assumir de forma ainda mais enfática, sua função reprodutora do poder.

Dentro desse modelo torna-se inviável qualquer ação de combate à violência, na medida em que esta é produzida e reproduzida pelo próprio sistema, atuando até mesmo de maneira funcional em sua dinâmica.

As respostas a estas questões certamente não são simples e a modificação desse quadro apocalíptico só pode advir de uma radical mudança de mentalidade, colocando-se em primeiro lugar a valorização da vida humana, e mais, do desenvolvimento digno e integral do ser humano.

Aos operadores do Direito caberá a árdua tarefa de defender os princípios e valores que garantem os limites da atuação legítima do Direito Penal, para que tenha somente o objetivo de preservação do homem e de seus direitos, e não a consecução do oposto que aponta para o seu desprezo e conseqüente destruição.

NOTA

⁽¹⁾ **ZAFFARONI, Eugenio Raúl**, "Globalización y Sistema Penal en América Latina: De la seguridad nacional a la urbana", **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, 20/22.

O autor é delegado de polícia em São Paulo e professor de Direito Penal e Processo Penal na Unisal.

Júri: Autoria e Materialidade no Mesmo Quesito?

HERMÍNIO ALBERTO MARQUES PORTO e JOSÉ CARLOS MASCARI BONILHA

Um mesmo e único fato, se praticado, pode gerar ao seu autor consequências nas órbitas penal (visando imposição de uma sanção, consistente em pena ou medida de segurança), civil (buscando o ressarcimento do dano causado) e administrativa (procurando a imposição de sanção para o que ocupa cargo ou função pública).

Estabelecida essa premissa e, para que possamos encadear o raciocínio, é importante que se diga que existem alguns sistemas destinados à apuração de responsabilidades.

À guisa de recordação, e dentro da superficialidade ora admitida, podemos apontar o sistema da confusão, por meio do qual uma mesma ação admite a busca da imposição de pena, bem como o ressarcimento do dano causado pelo ilícito; o sistema da solidariedade (também conhecido como da união ou, ainda, da interdependência), por meio do qual há dois pedidos deduzidos em juízo (uma ação penal e outra civil), dentro do mesmo processo e perante o mesmo juízo, o criminal; o sistema da livre escolha, no qual é facultado cumular-se as ações (desde que propostas no juízo criminal) ou fazê-las processar separadamente (nas sedes civil e penal, respectivamente); o sistema da separação (ou independência), pelo qual as ações civil e penal são ajuizadas separadamente, perante juízos distintos e correspondentes.

Assim, basicamente, há dois sistemas díspares, a saber: o da cumulação (ação única) e o da separação (autonomia das ações).

Não mais há, entre nós, o sistema da separação pura, porquanto com o advento da lei que instituiu o Juizado Especial de Pequenas Causas em matéria criminal (Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995), concebe-se, na primeira fase da audiência preliminar, a composição dos danos civis, nos termos dos arts. 72 e 74 do referido diploma legal.

Entretanto, a regra é a da autonomia das ações, consagrada na norma insculpida no art. 1.525 do Código Civil, não se podendo olvidar de que, propostas simultaneamente as ações nas searas civil e penal, o art. 265, inc. IV, alínea "a" e § 5º, do Código de Processo Civil, está a recomendar o sobrestamento, a suspensão do andamento do processo civil, até decisão final emanada pelo juízo penal.

Entre outras, é lícito asseverar-se que isso se deve a duas razões: 1ª) evitar-se a ocorrência de decisões colidentes entre si; 2ª) homenagear-se o princípio que exige a economia processual.

Não nos esqueçamos de que, além do risco concreto de julgamentos conflitantes entre si, versando ambos sobre o mesmo fato, há situações nas quais a coisa julgada no juízo penal se estende, para abarcar o juízo civil.

É sabido que o nosso ordenamento jurídi-

co contempla precisamente duas hipóteses nas quais a sentença penal absolutória, com o devido trânsito em julgado, faz coisa julgada no juízo civil.

Assim, nas ocasiões em que o acusado vier a ser absolvido, por sentença passada em julgado, por ter sido reconhecido, categoricamente, que o fato não existiu ou que o agente atuou amparado por causa excludente real de antijuridicidade, respectivamente, com fulcro nos incs. I e V, primeira parte, do art. 386 do Código de Processo Penal, será defesa a propositura, na seara civil, por parte daquele que se diz vítima de infração penal, seu representante ou herdeiros, de ação de cognição, no escopo de buscar-se a indenização ou ressarcimento do dano, na forma do que dispõem os arts. 65 e 66, ambos do mencionado diploma legal.

O art. 1.525 do CC preceitua que: *"a responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime"*.

Por seu turno, o art. 91, inc. I, do Código Penal, prevê que é efeito da condenação tornar certa a obrigação de reparar o dano causado pelo delito. A ação civil é proposta, embasada no art. 63 do CPP, pelo ofendido, seu representante ou herdeiros. Caso o ofendido seja pessoa pobre, o Ministério Público estará legitimado, como substituto processual, para, a seu requerimento, ajuizar ação de cognição ou de execução, em consonância com o art. 68 do Código de Processo Penal. É intentada a ação em face do autor do delito, seus herdeiros ou responsável civil pelo evento (não raras vezes, pessoa estranha à lide penal), consoante autoriza o art. 64 do mesmo código. Parte passiva legítima é o condenado (na esfera criminal), por sentença que possua definitividade a imutabilidade. Sobre seus bens é que recai a execução.

É discutível, na doutrina, a tese segundo a qual a sentença penal condenatória vincula o responsável civil, terceiro no processo penal, à coisa julgada, para fins de indenização.

Sustenta-se que só se concebe execução contra o sentenciado e condenado, uma vez que ele é que foi parte no processo criminal, havendo, por isso, respeito ao contraditório e à ampla defesa, com desenganada homenagem ao devido processo legal (art. 5º da Constituição da República).

Contudo, há entendimento diametralmente oposto, afirmando que os arts. 64 do CPP e 1.525 do CC, conferem o vínculo da decisão penal condenatória ao responsável civil.

Sem permearmos a órbita cuja essência se confunde com a legitimidade passiva, e tangenciando a polêmica acima apontada, identificada na doutrina, até porque não é esse o ponto central da matéria ora enfatizada, é incontroverso que, havendo condena-

ção, por sentença penal condenatória com trânsito em julgado, indiscutível será a responsabilização no campo cível, notadamente porque a decisão criminal se apresenta como título executivo judicial. A sentença penal condenatória é declaratória no que concerne à indenização civil, posto que nela não há expresso mandamento compelindo o réu a reparar o dano resultante do ilícito penal. Mas possui eficácia de título executivo (art. 63 do CPP), máxime porque seu conteúdo encontra abrigo na norma inserida no art. 91, inc. I, do CP.

Somente se discutirá no cível o *quantum debeatur*, não mais havendo espaço para a discussão acerca do *an debeatur*.

Havendo absolvição, todavia, haverá necessidade de investigarmos seu fundamento, para que saibamos se é, ou não, possível o ajuizamento de ação civil, buscando o ressarcimento do dano causado pelo ilícito penal.

Não nos esqueçamos que o art. 160, incs. I e II, do Código Civil é claro ao dispor que não constituem atos ilícitos os praticados sob o manto da legítima defesa, do estado de necessidade ou exercício regular de um direito reconhecido.

A semelhança, o Código Penal, em seu art. 23, consagra as excludentes reais de antijuridicidade e, se o agente atuar sob o pálio de qualquer delas, estará isento de responsabilização.

As exceções à regra prevista no art. 65 do CPP acham-se nos arts. 1.519, 1.520 e 1.540, todos da lei civil.

Vejam-se, por exemplo, as seguintes situações:

"A", em estado de necessidade, pratica fato típico causando dano ao patrimônio de terceiro. É submetido a processo criminal e, finalmente, absolvido, por ter sido reconhecido que laborou amparado pela causa justificativa de criminalidade inserta no art. 24 do Código Penal. Nesse caso, o terceiro poderá promover, no cível, ação de conhecimento em face de "A" (causador do dano e que atuou em estado de necessidade). Este, entretanto, fica com o direito de mover ação regressiva em face do causador do perigo que o impeliu a praticar o fato típico.

Igualmente, nos casos de *aberratio ictus* e *aberratio delicti*, agindo o autor do fato sob o pálio de legítima defesa. "A" agride injustamente "B", ofendendo sua integridade corporal. "B", em legítima defesa real, efetua um disparo de arma de fogo contra seu agressor, vindo, contudo a acertar "C", por acidente ou erro nos meios de execução. Processado criminalmente, "B" acaba por ser absolvido, uma vez provada a presença de todos os elementos que aperfeiçoam a legítima defesa (art. 25 do CP). Malgrado a absolvição com trânsito em julgado, com fulcro na excludente de ilicitude real, "C" bem poderá, posto estar legitimado, intentar ação civil em face de "B", visando indenização e ficando reservada a este último a ação de regresso em face de "A".

As absolvições criminais fundadas em excludentes de culpabilidade (arts. 21, 22, 26 e 28, todos do Estatuto Repressivo) não obstam, por óbvio, a propositura de ação civil de cognição, haja vista a norma insculpida no art. 65 do CPP.





As dirimentes putativas excluem a culpabilidade ou o dolo (art. 20, § 1º e 21 do CP), subsistindo a ilicitude do fato. Não se há falar, da mesma forma, na aplicação do art. 65 do CPP.

É cediço, também, que o libelo-crime acusatório deve satisfazer as exigências relacionadas no art. 417 do aludido código e que o questionário, elaborado pelo juiz-presidente da sessão de julgamento, na forma do que prevê o art. 484 do CPP, deverá apresentar um primeiro quesito versando sobre o fato principal, de conformidade com o libelo.

Sendo assim, o primeiro quesito do questionário submetido à apreciação dos julgadores naturais, aglutina, congrega três indagações, a saber: uma acerca da existência material do fato; outra questionando sobre sua autoria e uma terceira relativa ao nexo causal, na medida em que se apresenta, exemplificativamente, com a seguinte redação: "(...) primeiro quesito - no dia 15 de março de 1998, por volta das 16h00, na rua Florêncio de Abreu, defronte ao nº 45, nesta cidade e comarca, o réu efetuou disparos de arma de fogo contra a vítima Joaquim Silva, causando nesta as lesões corporais descritas no laudo de exame de corpo de delito (ou necroscópico, se o caso) juntado a fls. 62? (...)".

O segundo quesito versará, forçosamente, sobre a letalidade e os que se seguirem deverão obedecer a ordem estipulada nos incs. III a V e parágrafo único, incs. I a IV, do art. 484 do CPP.

O que nos interessa, todavia, ao menos por ora, é focalizarmos a análise do quesito nº 1.

Circunscritos a esse exame, temos que, ao se perquirir do jurado resposta ao primeiro quesito, conjunta e simultaneamente, se indaga acerca da existência material do fato, bem como a respeito de correlata autoria. Indaga-se, ainda, sobre o nexo causal entre a conduta encetada pelo agente e o resultado produzido.

Caso os jurados respondam negativamente ao primeiro quesito, votando **não**, por unanimidade ou por maioria de votos, estará o réu absolvido, evidentemente.

Mas, por qual fundamento?

Por ter sido reconhecido que o fato materialmente não ocorreu? (O que garantiria ao acusado estar alijado de ser perseguido, judicialmente, na esfera cível por quem se diz vítima e que procura indenização.) Por negativa de autoria? Ou, por fim, porque inexistiu nexo causal entre o comportamento do agente e o resultado?

Essa questão já foi, no passado, objeto de preocupação e estudo por parte do magistrado e professor **José Frederico Marques** que, em sua consagrada obra *"Elementos do Direito Processual Penal"*, assim se manifestou: "(...) segundo o artigo 66 do Código de Processo Penal, somente a negação categórica, ou a afirmação da inexistência material do fato, pode dar causa à não exigibilidade de reparação civil ex delicto; e não é isto o que ocorre com a resposta do júri ao quesito sobre a existência do fato, em virtude do próprio modus faciendi de sua formulação. Em decisão não motivada, como a do júri, será impossível saber se a negativa tem, ou não, caráter categórico (...)".

No mesmo sentido, encontramos a doutrina de **Basileu Garcia**, não menos festejado jurista, que, nas *"Instituições de Direito Penal"*, assim se pronunciou acerca do tema ora tratado: "(...) a sentença absolutória do Tribunal do Júri, chamada de negativa do fato, jamais obstará à propositura da ação de indenização, pois que sempre se pergunta aos jurados se o réu, em tal dia, tal hora e tal lugar, praticou o fato tal. Pela resposta negativa, nunca se pode saber se se teve em vista negar a existência do fato ou a autoria (...)".

Diante da resposta negativa ao primeiro quesito, fornecida pelos jurados, o juiz-presidente não poderá afirmar, ao confeccionar a sentença penal absolutória, que o fato materialmente não existiu, mormente porque a pergunta endereçada aos julgadores naturais abarca, conjuntamente, mais de uma indagação.

Nas situações em que a defesa do réu alega inexistência de nexo causal entre comportamento e resultado, como, por exemplo, nos casos de co-autoria, nos quais várias pessoas agredem uma ou várias vítimas (caso de conexão intersubjetiva por concurso, prevista no inc. I, segunda parte, do art. 76 do CPP). Situações nas quais se busca demonstrar que não foram dos golpes do réu que advieram os ferimentos sofridos pela vítima.

"Há imperiosa necessidade de que o primeiro quesito seja fracionado, para que questões diversas sejam objeto de quesitos autônomos e separadamente votados."

Nas hipóteses em que a defesa do réu alega negativa de autoria ou, ainda, quando se argumenta a inocorrência material do fato delitivo.

Em todas essas três situações, clama-se dos jurados o voto contido na cédula que contém a palavra **não**, negando o primeiro quesito, que, todavia, não se vê fragmentado, como deveria.

Os jurados, diante da reunião de três questões no mesmo quesito, jamais revelarão ao magistrado togado, que prolata a decisão, o específico móvel que foi objeto da negativa. Vale dizer, jamais indicarão, explícita ou particularmente, o que foi negado pelo voto **não**. Se a autoria, se a inexistência do fato ou, ainda, se o nexo causal.

Em face dessa incerteza, o juiz-presidente se vê pouco encorajado a registrar, na sentença que constrói, o fundamento exato.

Sabe-se, por conclusão somente, por presunção pura, que foi acolhida a tese ofertada pela defesa ou até mesmo pela acusação. Se a tese foi de negativa de autoria e os jurados julgaram **não** ao primeiro quesito, presume-se terem negado a autoria. Mas, precisão e certeza não há, porquanto, repisamos, três eram as indagações contidas no mesmo quesito.

Com isso, no Tribunal do Júri, pode ser suprimida uma, das duas únicas hipóteses de sentença penal absolutória que operam coisa julgada na esfera cível.

Com a premente finalidade de obstar-se

que isso perdure, há imperiosa necessidade de que o primeiro quesito seja fracionado, para que questões diversas sejam objeto de quesitos autônomos e separadamente votados. Vale dizer, deve ser feito um quesito concernente à existência material do fato; outro pertinente à autoria delitiva e outro, ainda, atinente ao nexo causal entre conduta e resultado.

Posto isso, teríamos, ao invés de um único quesito englobando três importantes e distintas questões, três, versando, cada qual, sobre uma dessas.

À guisa de exemplificação, teríamos um primeiro quesito sobre a existência material do fato com a seguinte redação: "(...) primeiro quesito - no dia 15 de março de 1998, por volta das 16h00, na rua Florêncio de Abreu, defronte ao nº 45, nesta cidade e comarca, a vítima Joaquim Silva sofreu os ferimentos descritos no laudo de fls 62? Segundo quesito - no mesmo dia, horário e local mencionados no quesito anterior, o réu efetuou disparos de arma de fogo? Terceiro quesito - as lesões suportadas pela vítima, descritas no laudo de fls. 62, foram ocasionadas pelos disparos efetuados pelo réu? (...)".

Poderíamos, também, colocar no primeiro quesito a questão relativa à autoria e o segundo hospedar o assunto referente à existência material do fato, sem que houvesse qualquer comprometimento da validade.

Ficaria com a redação seguinte:

"(...) Primeiro quesito - no dia 15 de março de 1998, por volta das 16h00, na rua Florêncio de Abreu, defronte ao nº 45, nesta cidade e comarca, o réu efetuou disparos de arma de fogo? Segundo quesito - no mesmo dia, horário e local, a vítima Joaquim Silva sofreu os ferimentos descritos no laudo de exame de corpo de delito juntado às fls 62? Terceiro quesito (que permanece inalterado) - as lesões suportadas pela vítima, descritas no laudo de fls. 62, foram ocasionadas pelos disparos efetuados pelo réu? (...)".

Só mesmo em face do seccionamento, da cisão, da tripartição do primeiro quesito, é que poderíamos saber, com necessária exatidão, se os jurados negaram a existência material do fato, a respectiva autoria ou, por derradeiro, o nexo causal.

E por quê isso é relevante?

Para sabermos se o acusado, absolvido criminalmente, com o devido trânsito em julgado, está, ou não, livre de figurar no pólo passivo de uma ação cível, que, movida pela parte ofendida da infração penal, eventualmente existente, visa o ressarcimento do dano.

Mais ainda, para que haja, na entrega da prestação jurisdicional, ao absolver-se o acusado ao ensejo do julgamento pelo Tribunal Popular do Júri, proximidade com a precisão.

Hermínio Alberto Marques Porto

é advogado em São Paulo, procurador de Justiça aposentado, titular de Direito Processual Penal da PUC/SP, diretor do Centro de Ciências Jurídicas e professor da Faculdade de Direito da Unip;

José Carlos Mascari Bonilha

é promotor de Justiça em São Paulo, professor de Direito Processual Penal das FMU e mestrando em Direito Processual Penal pela PUC/SP.

Revisão Criminal e Soberania do Tribunal do Júri

GUILHERME DE SOUZA NUCCI

Não é de hoje que se debate na doutrina e na jurisprudência se a revisão criminal pode alterar as decisões soberanas do Tribunal do Júri. Sabe-se que, lamentavelmente, a tese triunfante baseia-se na possibilidade do tribunal togado modificar, desde que favoravelmente ao réu, a decisão condenatória proferida pelo tribunal popular. Contra esse posicionamento, insurgimo-nos em nossa tese de doutorado, atualmente publicada sob o título "*Júri - Princípios Constitucionais*", esperando poder, nesta apertada síntese, reviver o assunto, despertando interesse para que o debate continue presente, sem o conformismo latente do acolhimento de jurisprudência predominante.

Entendemos que a revisão criminal é ação penal de natureza constitutiva⁽¹⁾, indevidamente colocada no Capítulo VII, Título II, do Código de Processo Penal, que trata dos recursos, constituindo, ainda, garantia humana fundamental, nos moldes preceituados pelo art. 5º, § 2º, da Constituição Federal ("*os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*"). Ora, assegurando-se, dentre os direitos e garantias fundamentais, o direito à liberdade, à presunção de inocência e ao recebimento de indenização do Estado por erro judiciário, é forçoso concluir ser a revisão criminal também uma garantia individual⁽²⁾. Portanto, indispensável é a sua utilização, quando necessário, a fim de não se manter no cárcere o condenado comprovadamente inocente. Ocorre que, por conta de uma interpretação desvirtuada, com a devida vênia, dos princípios atinentes ao Tribunal do Júri, previstos na Constituição Federal, tem a doutrina entendido ser o tribunal popular uma *garantia humana fundamental*, vale dizer, uma instituição que, simplesmente por estar no art. 5º ("*Dos direitos e garantias fundamentais*"), deve ser assimilada como existente para proteção da liberdade do réu. Nesse prisma, se é garantia e proteção do indivíduo, possuindo dentre seus princípios o da soberania dos veredictos, seria natural supor que jamais essa poderia servir para prejudicá-lo. Assim, existindo confronto entre o *direito à liberdade* e a *soberania dos veredictos*, ambos visando à "proteção" do acusado, seria óbvia a possibilidade da revisão criminal desconstituir condenação concretizada pelo Tribunal do Júri.

Com a devida vênia, é preciso ressaltar dois pontos fundamentais nesse debate: 1º) os direitos e garantias previstos no art. 5º da Constituição Federal não são *privativos* do réu, nem devem funcionar para beneficiar cegamente o indivíduo. É doutrina majoritária o entendimento de que não há primazia de um direito fundamental sobre outro, devendo haver harmonização entre eles. Tanto assim, que o princípio do contraditório serve tanto ao réu, quanto ao órgão acusatório e a proibição das provas ilícitas vale, também,

tanto para o Estado, quanto para o acusado. De outra parte, em que pese existir direito à intimidade, pode o Judiciário quebrar o sigilo bancário de suspeitos, quando indispensável para a verificação da autoria e da materialidade de uma infração penal. Além disso, ninguém consegue questionar que o sigilo da correspondência, apesar de expresso na Constituição, não deve servir para proteger a prática de atos ilícitos — o que autoriza a violação da correspondência dos presos, a fim de evitar os males de uma correspondência livre e desimpedida dentro de um presídio. Enfim, o rol dos direitos e garantias individuais do art. 5º não serve ao réu, de modo que a instituição do júri não pode ser caracterizada como uma garantia da *liberdade* do homicida. O Tribunal do Júri é apenas o *devido processo legal* eleito pelo constituinte, por razões políticas sobrejamente conhecidas, inclusive por tradição, para o julgamento de crimes dolosos contra a vida. Assim, constitui garantia do devido processo legal e não do acusado.

"A revisão criminal somente não afeta a soberania do júri quando servir para corrigir distorções cometidas pelo juiz presidente ao proferir a decisão condenatória, na sua tarefa de fixação da pena. No mais, não é atribuição do Poder Judiciário, a que pretexto for, alterar, no mérito, a decisão soberana dos jurados, alegando estar contrariando a 'evidência dos autos'."

2º) Dizer que o júri funciona em benefício da defesa do acusado, porque este tem direito de ser julgado "por seus pares", é pretender afirmar que os membros da sociedade, convocados para o tribunal popular, devem, sempre que possível, absolvê-lo. Tal visão não é compatível com a finalidade da instituição, nem tampouco faz parte das suas estatísticas (em verdade, o júri mais condena do que absolve)⁽³⁾. Por outro lado, a única razão de se sustentar ser o Tribunal do Júri inerente ao direito de defesa é histórica — e ultrapassada —, pois em 1215, quando constou na Magna Carta, ele realmente foi idealizado para conter os abusos do soberano na Inglaterra. Ocorre que, séculos depois, perdeu a instituição completamente as vestes de garantia contra os abusos do Estado, visto que possuímos um Judiciário independente e imparcial.

As razões aventadas pela doutrina para que a soberania do júri sucumba à revisão criminal, *data venia*, não convencem. Já

vimos, em breves linhas, que não pode o tribunal popular ser considerado instrumento de proteção ao acusado, mesmo porque a Constituição Federal protege a vida e não iria construir um escudo ao homicida. Existindo no Brasil, há muito tempo, uma magistratura togada desvinculada dos demais Poderes e, portanto, imparcial, não há que se falar no júri como proteção dos direitos individuais, tal como mencionado linhas acima.

Sabendo-se, ainda, que júri sem soberania é instituição falida na sua essência — algo que dificilmente se consegue negar — não é possível admitir que, após realizada a condenação sob o crivo do devido processo legal, assegurada a ampla defesa e o contraditório, possa o tribunal togado, simplesmente porque a decisão transitou em julgado (alguns poucos dias são suficientes para isso) habilitar-se a rever o mérito do veredicto dos jurados. Ora, se antes do trânsito em julgado é praticamente sagrada a decisão do júri, não podendo ser alterada, no mérito, nem pelo Supremo Tribunal Federal, o que modifica tal situação passando o exíguo prazo de cinco dias, sem que haja apelação? Antes do trânsito em julgado, inatacável e suprema. Depois, frágil e subalterna. Ainda que se defenda ser a revisão uma autêntica ação rescisória, é preciso destacar que, no caso do júri, ela encontra óbice constitucional, necessitando harmonizar-se com o princípio da soberania e não sobrepujá-lo.

Não se desconhece a existência dos adversários da instituição do júri, considerando-a ultrapassada e vetusta, embora não se possa deixar de lado o seu caráter de *cláusula pétrea*, eleita pelo constituinte de 1988 como inarredável e, conseqüentemente, arraigada ao sistema processual brasileiro. É bem possível que existam decisões condenatórias injustas e até erradas, mas a revisão criminal, no máximo, em casos teratológicos, poderia determinar a realização de novo julgamento pelo próprio juiz natural da causa, o tribunal popular. Jamais se deveria permitir que a revisão criminal, embora garantia individual, dominasse e subjugasse o princípio da soberania dos veredictos, também garantia que fundamenta a existência do Tribunal do Júri no Brasil.

Queremos crer que toda a discussão envolvendo a liberdade do réu, no fundo, pode esconder um preconceito ainda existente de parte da Magistratura togada contra o tribunal popular, de modo que só não se admite a revisão criminal para condenar porque o processo penal veda a revisão em favor da sociedade. Não fosse isso e a instituição do júri estaria, por completo, relegada a segundo plano.

Temos acompanhado várias decisões dos tribunais togados, em julgamentos de revisão criminal, que reavaliam por completo a prova produzida e apresentada aos jurados, vale dizer, são situações que não contêm prova *nova*, surgida nos autos após a condenação, mas sim uma autêntica reinterpretação dos fatos. Há acórdãos afastando qualificadoras ou mesmo absolvendo, simplesmente alegando que as provas não eram suficientes. Mas os jurados entenderam que eram. Poderia o tribunal togado desprezar esse veredicto, emitindo a sua valoração da mesma prova? Aceitando-se tal premissa, o





que seria, então, soberania? Ademais, quem garante que a segunda interpretação da **mesma** prova — frise-se — é a mais adequada à justiça que o caso demanda? Erraram os jurados ao condenar ou errou o tribunal ao absolver? Entendemos que é preciso lidar com os fracassos e sucessos do Tribunal do Júri, jamais descreditando a instituição. Se a Constituição Federal outorga soberania aos veredictos do tribunal popular, não é possível aceitar que a revisão criminal — sem qualquer prova nova, como na maioria das vezes tem ocorrido⁽⁴⁾ — possa alterar o veredicto popular. E mais: admitindo-se que os jurados tenham errado, contrariando a *evidência dos autos*, deveria o tribunal togado promover o juízo rescindente, anulando o julgamento injusto, determinando que outro se realize, através do juízo rescisório.

Argumenta-se que tal solução não foi expressamente adotada no Brasil pelo Código de Processo Penal, embora não se deva olvidar que a tarefa do aplicador da lei é ajustar a lei ordinária à Constituição Federal e não o contrário. Ao Texto Fundamental de 1988 deve se adaptar a lei processual penal e a única maneira viável de se concretizar tal propósito é através desse sistema, quando,

em casos teratológicos, for indispensável um novo julgamento.⁽⁵⁾

A revisão criminal somente não afeta a soberania do júri quando servir para corrigir distorções cometidas pelo juiz presidente ao proferir a decisão condenatória, na sua tarefa de fixação da pena. No mais, não é atribuição do Poder Judiciário, a que pretexto for, alterar, no mérito, a decisão soberana dos jurados, alegando estar contrariando a "evidência dos autos". Se novas provas surgirem ou a decisão se basear em prova falsa (art. 621, II e III, CPP), basta que o tribunal determine novo julgamento pelo júri. Quanto ao preceituado no art. 621, I, do Código de Processo Penal — "*sentença contrária à evidência dos autos*" — é preciso que se diga que tudo é uma questão de valoração, inclusive a inocência de alguém. E, nas palavras de **Ary Azevedo Franco**, pode-se arrematar: "*Onde exista, porém, matéria sujeita ao critério da observação pessoal do julgador, dependente, para firmar-se, não da força dominadora da realidade indubitável, mas da apreciação subjetiva de cada um, — não se pode cogitar de evidência*".⁽⁶⁾

NOTAS

- (1) Nos moldes também apregoados por **Frederico Marques**, "*Elementos de Direito Processual Penal*", v. 1, Campinas, Bookseller, 1997, p. 311,

e por **Tourinho Filho**, "*Processo Penal*", São Paulo, Saraiva, 1997, p. 490.

(2) É o que já defendemos, com maiores detalhes, na obra "*Júri - Princípios Constitucionais*", São Paulo, Juarez de Oliveira, 1999, pp. 105/106.

(3) Fizemos um levantamento de treze anos no 3º Tribunal do Júri da Capital e constatamos que o júri condenou o réu em 60% dos casos que lhe foram apresentados para julgamento. Vide "*Júri - Princípios Constitucionais*", p. 359.

(4) Coletamos vários acórdãos que simplesmente reavaliaram a prova, afastando o veredicto do júri por estar em desacordo, por exemplo, com jurisprudência dominante na corte togada. Vide "*Júri - Princípios Constitucionais*".

(5) Nesse prisma, **Rogério Lauria Tucci**, "*Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*", São Paulo, Saraiva, 1993, pp. 134/135; **Roberto Lyra**, "*Revisão técnico-jurídica de um julgamento de consciência? Como fazê-la?*". In: "*O Júri Sob Todos os Aspectos*". Textos de **Rui Barbosa**, Rio de Janeiro, Ed. Nacional de Direito, p. 24; **Jorge Alberto Romeiro**, "*Elementos de Direito Penal e Processo Penal*", São Paulo, Saraiva, 1978, pp. 54/55; **Jacques de Camargo Penteado**, "*Revisão Criminal*", RT 720, 1995, p. 372.

(6) "*O Júri e a Constituição Federal de 1946*", Rio de Janeiro, Forense, p. 262.

O autor é juiz de Direito em São Paulo, mestre e doutor em Processo Penal pela PUC/SP e professor concursado de Direito Penal da PUC/SP.

Prisão Preventiva, Tráfico de Drogas e a Lei nº 9.714/98

ANDRÉ LUÍS CALLEGARI

Conforme o art. 44, *caput* e inc. I, do Código Penal, com redação da Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, "*as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos*".

A pena mínima prevista para o delito de tráfico de entorpecentes (art. 12, da Lei nº 6.368/76) é de três anos. Assim, para os autores destes crimes, cuja pena não ultrapasse os quatro anos, em princípio, é cabível a substituição. Isso porque são crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa⁽¹⁾.

De acordo com a nova leitura trazida pela lei em comento, a prisão processual também deverá ser repensada, é dizer, somente nos casos realmente graves é que poderá ser decretada. Vejamos. Qual a necessidade de manter-se o acusado preso se, ao final, vislumbra-se a possibilidade da substituição? A necessidade da cautela provisional deverá ser revista no momento da segregação da liberdade, pois, argumentos como os de assegurar a aplicação da lei penal ou garantir a ordem pública parece que não se prestam mais diante da nova modificação introduzida pela Lei nº 9.714/98. Ora, se há possibilidade de a pena ser substituída ao final do processo não se assegurará nada ao final deste, perdendo valia este fundamento. Por sua vez, se o temor é o de acautelar a ordem pública —

expressão que se presta para tudo⁽²⁾ — para que o traficante deixe de ameaçar a sociedade com sua conduta, esta ameaça somente cessará por 81 dias, tempo necessário para instruir e julgar o processo, pois, ao final, a pena será substituída e o fundamento, que então era válido, perderá sua razão de ser.

"Sabe-se que a segregação, ainda que provisória, é instrumento suficiente para retirar do indivíduo qualquer possibilidade de recuperação."

A respeito do tema **Assis Toledo** menciona que "*como a privação da liberdade está, igualmente, prevista na legislação processual como 'prisão ad cautelam' (prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão resultante de sentença condenatória, de sentença de pronúncia, de violação de normas sobre liberdade provisória, prisão provisória), seria ilógico abolir-se a prisão como pena para certos fatos previstos como crime no Código Penal e, ao mesmo tempo, manter-se a prisão, na lei processual a título de acautelar futura execução de uma pena que, embora prevista em abstrato, deixou de existir ou de aplicar-se para certos casos ou para o caso concreto*".⁽³⁾

Ainda que se considere o tráfico como um

delito grave, não se pode deixar de atender às novas disposições introduzidas pela lei. Além disso, há muitos casos de tráfico de entorpecentes em que o traficante confunde-se com o usuário⁽⁴⁾, sendo descabida e extrema a segregação da liberdade, agora corrigida pela Lei nº 9.714/98. De outro lado, sabe-se que a segregação, ainda que provisória, é instrumento suficiente para retirar do indivíduo qualquer possibilidade de recuperação, pois nosso péssimo sistema prisional acaba por não separar os presos provisórios dos presos já condenados, transformando a medida, que em princípio deveria ser assecuratória, em cumprimento de pena privativa de liberdade.

Sobre o assunto o professor **Gomes Filho** assevera que "*a prisão cautelar, que alguns também denominam 'prisão processual', não deve objetivar a punição, constituindo apenas instrumento para a realização do processo ou para garantir seus resultados*".⁽⁵⁾ Se não deveria objetivar a punição antes da vigência da Lei nº 9.714/98, agora muito menos, pois se ao final existe a possibilidade de substituição da pena privativa, não há razão para manutenção da custódia preventiva durante o processo.

Nessa linha de raciocínio, **Frederico Marques** escreve que "*a prisão cautelar tem por objeto a garantia imediata da tutela de um bem jurídico para evitar as consequências do periculum in mora. Prende-se para garantir a execução ulterior da pena, o cumprimento de futura sentença condenatória. Assenta-se ela num juízo de probabilidade: se houver probabilidade de condenação, a providência cautelar é decretada a fim de que não se frustrem a sua execução e seu cumprimento*".⁽⁶⁾ Portanto, com a Lei nº 9.714/98, ainda que ocorra um juízo de probabilidade de uma futura sentença condenatória, uma nova leitura da prisão cautelar deve ser feita em face da possibilidade da





substituição da pena privativa de liberdade ao final do processo, isso porque parece ilógico manter-se preso o acusado para, ao final, libertá-lo com a substituição da pena.

NOTAS

- (1) Ver a respeito, **Papaterra Limongi, Mário de Magalhães**, *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 6, nº 75, fevereiro/1999, Encarte Especial, p. II; **Freitas de Souza, Raquel e Matos Nogueira, Egídio**, *Boletim do IBCCrim*, ano 7, nº 77, abril/1999, pp. 6/7.

- Contra: **Rio Gonçalves, Victor Eduardo**, *Boletim do IBCCrim*, nº 75.
(2) Para aprofundar, **Gomes Filho, Antônio Magalhães**, "Presunção de Inocência e Prisão Caute-lar", Editora Saraiva, 1991, pp. 66 e ss.
(3) **Assis Toledo, Francisco** e outros, "Penas Restri-tivas de Direito", Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 143.
(4) **Shecaira, Sérgio Salomão**, "Penas Restritivas de Direitos", Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 224, assevera que "é comum a ocorrên-cia de prisões de jovens que cederam gratuita-mente um pequeno cigarro de maconha para um amigo dele fazer uso, e que se vêem processados como se traficantes fossem — e não o são". Segue o professor dizendo que "deve se ter em conta

- que nem toda conduta que se subsume ao tipo abrangente do artigo 12 da Lei de Entorpecentes é alcançada pela condição de hediondez". No mesmo sentido, **Gomes, Luiz Flávio**, "Penas e Medidas Alternativas à Prisão", Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 112.
(5) **Gomes Filho, Antônio Magalhães**, *ob. cit.*, p. 59.
(6) **Marques, Frederico**, "Elementos de Direito Processual Penal", vol. IV, Bookseller, p. 47.

O autor é advogado, professor de Direito Penal na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), na Escola Superior da Magistratura do RS e na Escola Superior do Ministério Público do RS.

Direito Penal Econômico: Os Fins Justificam os Meios?

ALICE BIANCHINI

A primeira Constituição moderna a trazer uma seção dedicada à Economia foi a alemã de 1919 (Constituição de Weimar). No Brasil, a Carta de 1934 foi pioneira em relação ao assunto, sendo seguida pelas que a sucederam. A atual Constituição trata da questão no Título VII, o qual inicia-se fundamentando a ordem econômica nos valores do trabalho humano e na livre iniciativa (art. 170).

A preocupação com condutas que venham a violar a ordem econômica, tal qual ocorre em relação ao meio ambiente, passaram a integrar o direito repressivo há pouco tempo, constituindo-se em modernas formas de criminalidade. Suas peculiaridades diferem, sobremaneira, da denominada criminalidade clássica, já que transcende direitos consagra-dos no âmbito individual, para ocupar-se com a violação de bens jurídicos cuja ofensa afeta a coletividade, ainda que não se possa percebê-la diretamente. Possui, portanto, ca-ráter supra-individual.

Na área jurídica, passada a fase em que se entendia que o indivíduo prescindia do Esta-do, na qual era corrente acreditar que sem as diferenças de tratamento por ele promovidas os homens seriam livres e iguais, o que corresponderia ao ideário da Revolução Francesa, pôs-se de manifesto que, exata-mente porque as oportunidades não são iguais para todos, fazem-se necessárias presta-ções positivas do poder público, oportuni-zando condições para que a liberdade e a igualdade entre os jurisdicionados sejam aproximadas entre si, removendo-se as con-dições que obstaculizem esta pretensão.

Tal também se experimentou em relação à Economia. Foi no decorrer do Século XIX que o modelo descentralizado ou autônomo começou a dar sinais de fadiga, mostrando que o mercado, isoladamente, não consegue resolver os problemas surgidos na socieda-de. "É neste momento que se observa que a cisão radical entre os centros decisórios político e econômico não é capaz de condu-zir, como queriam **Adam Smith** e seus segui-dores, ao bem geral" (**Salomão**, 1996, p. 408). Começam a surgir as políticas econô-micas aplicadas pelo Estado, que não se limitou a, simplesmente, impor restrições à ação dos particulares, a fim de impedir as perturbações decorrentes do funcionamento da economia. Preocupou-se, o poder públi-

co, também, em estabelecer finalidades. De acordo com **Francisco Muñoz Conde**, atu-almente, há consenso de que o Estado deve interferir na economia, não somente contro-lando e corrigindo os excessos da iniciativa privada, como "redistribuindo a riqueza através de uma política fiscal que lhe permi-ta, também, adquirir seu próprio patrimônio destinado à realização de atividades carac-terizadas mais por sua rentabilidade social que econômica (transporte, saúde, educa-ção, etc.)" (1995, p. 9).

"A orientação que domina a doutrina mais moderna recomenda aos crimes econômicos a imposição de penas privativas de liberdade ainda que de curta duração ... porém inexoráveis, de caráter marcadamente aflitivo."

A disciplina Direito Penal Econômico, no dizer de **Manoel Pedro Pimentel**, constitui-se em "um sistema de normas que defende a política econômica do Estado, permitindo que esta encontre os meios para a sua realização. São, portanto, a segurança e a regularidade da realização dessa política que constituem precipuamente o objeto jurídico do Direito Penal Econômico" (1973, p. 42).⁽¹⁾

A importância deste tema está ligada ao grau de destaque que a economia ocupa atu-almente, tornando indispensável que sua pro-teção se dê por meio do sistema penal, não bastando, portanto, a sua regulamentação no âmbito administrativo, embora não se des-prestigiem as importantes conquistas amea-lhadas por este ramo do Direito na defesa da Economia.

Entende **João Marcello de Araújo Jú-nior** que os crimes desta natureza "merecem a reprovação máxima, não pelos danos que possam causar aos indivíduos, mas à coleti-vidade, como um todo" (**Araújo Júnior**, 1995, p. 38), posição que vem sendo parti-lhada por vários outros autores.

É este o espírito que caracteriza a legisla-ção econômica vigente, o que é perfeitemen-

te perceptível quando se verifica a quantida-de de crimes aos quais é cominada pena privativa de liberdade. Importa ressaltar, também, o excesso na quantificação da san-ção: a menor pena cominada, por exemplo, na Lei nº 7.492/86, varia de um a quatro anos e a mais grave é de reclusão de três a doze anos (art. 4º - crime de gestão fraudulenta); ao delito de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98) é prevista a pena de três a dez anos. Geralmente, a explicação para tal severidade é fundada nas características apresentadas por aqueles que praticam tal espécie de cri-me. De acordo com **Araújo Júnior**, "os autores de delitos econômicos são homens que, em geral, pertencem às classes sociais mais poderosas, que desfrutam de boa esti-ma pública, que exercem atividades reputa-das importantes", chamando a atenção para o fato de que as condutas criminosas pratica-das neste contexto revelam, por parte de seus autores, um profundo desprezo pela ordem jurídica. O delinquentes econômico "não é um marginalizado social, um desvalido da sorte, que precisa buscar no crime a satisfa-ção de necessidades primárias. Por isso sua conduta revela (...) um extraordinário des-dém pela ordem jurídica. A essa atitude interior do agente contrapõe-se intensa re-provação social, que exige e justifica severi-dade na resposta penal" (1995, pp. 57-58). Baseada neste motivo, a orientação que do-mina a doutrina mais moderna recomenda aos crimes econômicos a imposição de penas privativas de liberdade ainda que de curta duração (as penas não precisam ser longas porque não há necessidade de se cumprir qualquer função ressocializadora, por não se tratar de pessoa desajustada socialmente), porém inexoráveis, de caráter marcadamente aflitivo (a fim de que se opere, com mais precisão, a prevenção geral).

Grande parte dos doutrinadores que se dedicam ao estudo dos delitos econômicos sustenta, ainda, que a substituição da pena privativa de liberdade pela multa ou por penas restritivas de direitos não deve ser admitida, estendendo-se tal orientação ao benefício da suspensão condicional. Além disto, nos casos graves a execução deverá ser em regime fechado, sem direito a remição, sendo que o livramento condicional deverá ser concedido somente após o cumprimento da maior parte da pena. Defende, ainda, a aplicação de penas acessórias, que vão desde a interdição do uso de cheque até a suspensão de atividade comercial.

A fim de justificar a distinção de trata-mento, argumenta-se que esta espécie de crime difere do delito clássico e deve, face às





suas peculiaridades, ter uma normatização especial, sem a qual o resultado esperado não será alcançado em sua plenitude.⁽²⁾

Considerar corretas as premissas que embasam tais orientações implica em uma contradição com o sistema constitucional, a qual não se conseguirá resolver. A imposição imperiosa de pena privativa de liberdade (ainda que de curta duração) e a restrição de benefícios penais baseadas em considerações pessoais do agente que delinuiu, acaba por resgatar uma concepção já ultrapassada do Direito Penal cujo acento era colocado no autor e não no fato por ele praticado. Retorna-se, assim, ao *Direito Penal do autor*, o que não se pode conceber, porque colide com a essência do Estado democrático, permitindo que se puna alguém não pelo que *faz*, mas pelo que *é*.

Também deve ser desautorizado qualquer esforço no sentido de enaltecer o caráter aflitivo da pena com o propósito de incrementar a prevenção geral. Há outro princípio que não pode ser desobedecido e que se encontra, muitas vezes, em posição inconciliável com esta função da pena. Trata-se do cânone da proporcionalidade, por meio do qual a gravidade da sanção deve corresponder à gravidade do fato, ainda que para isto tenha que se sacrificar uma parte dos efeitos — o que é legítimo buscar-se — da preven-

ção geral, para salvaguardar também direitos — agora, entretanto — individuais. A prevenção geral, seja positiva (aquela que busca a estabilização do Direito), seja negativa (na qual se procura afastar o agente do propósito criminoso, intimidando-o), muitas vezes só pode ser alcançada por meio de previsão elevada de pena. Tais questões, todavia, repete-se, não podem determinar a intensidade punitiva. O processo de cominação abstrata da pena há de ser guiado por uma reflexão filosófico-jurídica a ser elaborada no marco programático da Constituição, sem levar em conta as reações ocasionais e emotivas que determinados crimes provoquem na sociedade. Só assim, o Direito Penal adquirirá um caráter garantidor. À sociedade, neste processo, cabe a tarefa de indicar as condutas que reprova, não determinando o âmbito de criminalização, porém.

NOTAS

- (1) A discussão que envolve o âmbito de abrangência do Direito Penal Econômico ainda não atingiu o consenso. Vários são os autores que preferem utilizar esta nomenclatura por representar um entendimento mais amplo, desde que encontrem-se em estreita relação com a vida econômica. É neste sentido o posicionamento de **Klaus Tiedemann**, que, inclusive, prefere a denominação "delitos sócio-econômicos".
- (2) De acordo com **Araújo Júnior**, também partilham este posicionamento: **Marc Ancel, Jescheck**, e **Klaus Tiedemann**. Convém esclarecer

que, posteriormente, em palestra proferida em 1998, no **IV Seminário Internacional** promovido pelo **IBCCrim**, o autor manifestou-se contrário ao entendimento que até então espasara: "*Hoje verificamos que esse sistema está fulcrado inteiramente numa visão retribucionista do Direito Penal e, como se sabe, o esquema retributivo foi definitivamente abandonado nos anos setenta. Nós estávamos errados.*" (1999, pp. 153-154)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- **Araújo Júnior, João Marcello**. "*Dos Crimes Contra a Ordem Econômica*", São Paulo, RT, 1995.
- _____, "*O Direito Penal Econômico*", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n.º 25, jan./mar., 1999, pp. 142-156.
- **Muñoz Conde, Francisco**. "*Principios político-criminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de código penal español de 1994*", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n.º 11, jul./set., 1995, pp. 7-20.
- **Fonseca, Antonio Cezar Lima**. "*Direito Penal do Consumidor*", Rio Grande do Sul, Livraria do Advogado, 1996.
- **Pimentel, Manuel Pedro**. "*Direito Penal Econômico*", São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973.
- **Salomão, Heloisa Estellita**. "*Tipicidade no Direito Penal Econômico*", *Revista dos Tribunais*, v. 725, ano 85, Mar. 96, pp. 407-423.

A autora é professora de Direito Penal da USP e doutoranda em Direito Penal pela PUC/SP.

Foro Por Prerrogativa de Função: Nova Diretriz do STF (Cancelamento da Súmula 394)

GERALDO MAGELA E SILVA MENESES

Depois de vigorar por mais de trinta e cinco anos, a Súmula 394/STF teve seu cancelamento decidido em sessão plenária do Excelso Pretório do último dia 25 de agosto, no julgamento (iniciado em 30 de abril de 1997) de Questão de Ordem suscitada no Inquérito n.º 687-SP, em que figurava como indiciado ex-deputado federal.

Continha o aludido verbete sumular, recém-cancelado, o seguinte teor: "*Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação da-quele exercício*".

Ampla repercussão alcançará o mencionado *leading case*, alterando a competência para processar e julgar ex-ocupantes de cargos públicos e de ex-mandatários do povo. Com efeito, a partir desse pronunciamento da Suprema Corte, deve ser desencadeada uma série de decisões dos outros tribunais brasileiros acolhendo a nova diretriz do precedente na redefinição de suas competências.

Editada em 3 de abril de 1964, a referida súmula fixava como critério determinante da competência o tempo em que se verificara o fato alegadamente delituoso. Se o fato ocorresse durante o exercício da função ou do mandato, firmada estaria a competência especial. Assim, um governador que, no período de desempenho do seu cargo, praticasse

um ato tido por criminoso seria julgado sempre pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), ainda que viesse a ser cassado ou que renunciase ao mandato, ou mesmo depois do término deste.

Pelo atual entendimento do STF, a competência por prerrogativa de função somente se firma no caso de o indiciado, acusado ou réu ainda se encontrar, no curso do inquérito ou do processo, desempenhando cargo ou mandato que lhe garanta o foro especial.

Emprestou o Supremo interpretação restritiva ao art. 102, I, b, da Constituição Federal — que estabelece a competência do STF para processar e julgar originariamente "*nas infrações comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República*" —, entendendo que aquele dispositivo não alcança pessoas que não mais exercem mandato ou cargo.

Nessa decisão histórica, foi assinalado pelo ministro **Sydney Sanches**, relator do caso, que a medida de cancelamento tem efeito *ex nunc*. Significa isso dizer que subsistem válidos todos os atos praticados e decisões proferidas com base na multicitada súmula.

Gozam da prerrogativa de foro especial para processo e julgamento por crimes comuns as autoridades, ocupantes de cargos públicos e exercentes de mandato, indicados

na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas leis de organização judiciária. O Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional (deputados federais e senadores) e o Procurador-Geral da República, por exemplo, são processados e julgados, por infrações penais comuns, perante o STF, que também processa e julga os Ministros de Estado, os membros de Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade. Ressalve-se o caso de envolvimento de Ministro de Estado em crime de responsabilidade conexo a ação na qual se envolvam o Presidente ou o Vice-Presidente da República, quando então a competência será do Senado Federal.

Ao STJ compete processar e julgar, nos crimes comuns, os governadores de Estado e do Distrito Federal, os desembargadores, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do DF, os juizes dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os integrantes do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais.

Reconhece a doutrina a verdadeira dimensão do foro por prerrogativa que define competência especial. Pretende-se que haja certo resguardo no exercício de relevantes funções públicas, assegurando-se aos seus exercentes, em eventual julgamento, a isenção e a independência necessárias, presumíveis quando se colocam como réus autoridades de cúpula nos Tribunais Superiores.

Comenta **Júlio Fabbrini Mirabete**, a propósito do tema: "*Há pessoas que exercem cargos e funções de especial relevância para*





o Estado e em atenção a eles é necessário que sejam processadas por órgãos superiores, de instância mais elevada. O foro por prerrogativa de função está fundado na utilidade pública, no princípio da ordem e da subordinação e na maior independência dos tribunais superiores" (in "Processo Penal", 7ª ed., São Paulo, 1997, p. 187).

Discorre, com peculiar propriedade, **Fernando Capez**: "Na verdade, o foro por prerrogativa visa a preservar a independência do agente político, no exercício de sua função, e garantir o princípio da hierarquia, não podendo ser tratado como se fosse um simples privilégio estabelecido em razão da pessoa" (in "Curso de Processo Penal", São Paulo, Saraiva, 1997, p. 173).

Para **Tourinho Filho**, "poderia parecer, à primeira vista, que esse tratamento especial conflitaria com o princípio de que todos são iguais perante a lei, inserto no limiar do capítulo destinado aos direitos e garantias individuais (Magna Carta, art. 5.º), e, ao mesmo tempo, entraria em choque com aquele outro que proíbe o foro privilegiado. (...) O que a Constituição veda e proíbe, como consequência do princípio de que todos são iguais perante a lei, é o foro privilegiado e não o foro especial em atenção à relevância, à majestade, à importância do cargo ou função que essa ou aquela pessoa desempenhe. (...) O privilégio decorre de benefício à pessoa, ao passo que a prerrogativa envolve a função" (in "Processo Penal", 12ª ed.,

São Paulo, Saraiva, 1990, v. 2, p. 109).

No julgamento do STF, ponderou o min. **Sydney Sanches** que "a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo. (...) as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem

"Pelo atual entendimento do STF, a competência por prerrogativa de função somente se firma no caso de o indiciado, acusado ou réu ainda se encontrar, no curso do inquérito ou do processo, desempenhando cargo ou mandato que lhe garanta o foro especial."

ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos."

Deixando definitivamente o cargo — por cassação, por renúncia ou por simples término do mandato —, o seu ex-titular responderá no foro comum por atos que tenham sido praticados no desempenho da função pública e que se considerem ensejadores da instauração de processo criminal.

Doravante, ex-autoridades públicas passam a ser processadas e julgadas por juízes de primeira instância. Dessa forma, competirá aos juízes federais processar e julgar ex-presidentes da República, ex-ministros de Estado, ex-deputados federais, ex-senadores da República, ex-magistrados federais (mesmo os que integraram tribunais), além de outros ex-ocupantes de cargos públicos acusados da prática de crimes em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, suas entidades autárquicas e empresas públicas. Em se tratando de ex-autoridades estaduais e municipais — que não se tenham envolvido em delitos de âmbito federal — caberá aos juízes de Direito o respectivo julgamento.

Estima-se que a recente compreensão adotada pelo Supremo Tribunal compreenderá em celeridade no julgamento dos casos em que estejam envolvidas ex-autoridades. Isso porque a apuração dos fatos dar-se-á no local onde estes ocorreram — e não a partir de Brasília (sede dos Tribunais Superiores) ou das Capitais (onde se localizam os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dos Estados) —, sem a necessidade da expedição de cartas de ordem para diligências probatórias. Bem mais ágil procederá o órgão julgador à coleta de provas para embasar a decisão do juízo. Enfim, há uma perspectiva de maior eficácia do processo penal em face da nova interpretação e aplicação da lei.

O autor é magistrado federal no Piauí.

A Propósito De Uma Crítica de Schünemann a Mir

PAULO QUEIROZ

Num texto (recente) intitulado "La Función de La Delimitación de Injusto y Culpabilidad", **Bernd Schünemann** — o mais destacado discípulo de **Roxin** e um dos mais festejados penalistas contemporâneos — dirige uma interessantíssima crítica a **Santiago Mir Puig** — renomado penalista espanhol (catalão) — a propósito da estrutura funcional (teleológica) do delito. Interessantíssima, porque, primeiro, o funcionalismo — isto é, um Direito Penal politicamente orientado ou "funcionalizado" (não confundir, assim, com o funcionalismo sistêmico) — constitui, sem dúvida, um avanço frente ao pensamento tradicional (causalista, finalista ou misto), pretensamente neutro, pois une, definitivamente, a teoria do delito à teoria da pena; segundo, porque, dado o seu frescor (surge nos anos 70, com obra de **Roxin**), mostra quão incerta é a repercussão de semelhante perspectiva da teoria do delito, tantas são as concepções político-criminais sobre as funções do Direito Penal (ou tantos são os funcionalismos); finalmente, tal crítica toca no âmago da teoria do delito: a estrutura do crime, isto é, como se colocam — e mesmo se sobreviverão — sob essa ótica as categorias tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, e que tipo de relação se estabelece entre tais categorias, numa abordagem funcional e "racionalmente final", para

usar expressão de **Figueiredo Dias**⁽¹⁾. E tudo isso tem implicação direta quanto ao conceito e alcance dos institutos utilizados pelo Direito Penal.

Vejamos. Se o Direito Penal — escreve **Mir Puig** a propósito do erro de proibição invencível — "se justifica pela função de proteção de bens jurídicos através da motivação da norma — o que estimo necessário num Estado social e democrático de Direito — só se pode proibir aqueles comportamentos que podem ser evitados pela motivação. Pois bem, para que o sujeito possa ser motivado pela norma penal que protege um bem jurídico-penal determinado, é preciso que dito sujeito possa saber que se encontra frente a um tal bem protegido pelo Direito. Se o sujeito não pode saber que sua ação irá lesionar um bem amparado pelo Direito, como poderá sentir-se motivado a evitar dita ação pela norma penal, se não pode ser motivado por ela? E se a norma não pode motivá-lo, não faz sentido que o pretenda proibindo o fato", razão pela qual concluirá que "o erro de proibição excluirá o terceiro e último nível necessário para que o dolo seja o *dolus malus*"⁽²⁾. Ou seja, para **Mir**, do ponto de vista funcional, o dolo compreende, necessariamente, a consciência de ilicitude (*dolus malus* ou normativo).

Contra semelhante argumentação insur-

ge-se **Schünemann**, aduzindo que "(...) uma configuração do sistema sobre a base da função preventivo-geral do Direito Penal não me parece que conduza a uma concepção monista, senão, precisamente, a uma dualista. Em primeiro lugar, ponho em dúvida que o argumento de **Mir**, referindo que o Direito Penal não pode motivar a quem atua imerso num erro inevitável de proibição, já que tem a mesma validade em todas as causas de exclusão da culpabilidade, de maneira que se se é conseqüente, também haveria que considerar a capacidade de culpabilidade como elemento do dolo típico. O qual conduz a uma teoria dos imperativos e, em último extremo, a uma supressão total da diferenciação entre injusto e culpabilidade, com o qual, precisamente, o próprio ponto de partida funcional desapareceria. E isto porque, se convertermos a capacidade de evitação individual do autor em conteúdo da norma proibitiva, já não é possível formular norma alguma que resulte adequada como pauta de orientação, como se demonstra de maneira especialmente clara nos delitos imprudentes; se, de acordo com **Stratenwerth** e **Jakobs**, se introduzisse a infração individual do dever de cuidado da norma proibitiva, já não seria possível formular critérios objetivos de dever de cuidado, com o qual a finalidade preventiva-geral do Direito Penal se veria completamente desvirtuada"⁽³⁾. Observo que, apesar disso, **Schünemann** — com o qual estou plenamente de acordo — propõe a equiparação do erro de proibição ao erro de tipo⁽⁴⁾.

Afinal, com quem está a razão? Penso que com ambos, em parte.

Com efeito, se é função primária (função





negativa-subsidiária) do Direito Penal motivar comportamentos no sentido do comando normativo, isto é, que seus destinatários, advertidos por suas prescrições, se abstenham de matar, de furtar, de estuprar, etc., resulta, logicamente, que só se pode pretender motivar quem, de fato, disponha das condições físicas, psíquicas, emocionais, de atuar segundo a norma penal, vale dizer, que se ache, concretamente, em condições de compreender a mensagem normativa e poder atuar segundo a conduta-padrão (não matar, não roubar), pois fora daí simplesmente não pode ter lugar a intervenção penal, dada a sua absoluta inutilidade, por não ser capaz de dissuadir o comportamento contrário ao Direito. Enfim: o Direito Penal somente pode pretender motivar condutas que possam ter seu curso mudado pela vontade do destinatário da norma, ou seja, situação em que se lhe pode exigir, razoavelmente, uma atuação conforme a lei, pois, como observa **García-Pablos**, pretender exigir responsabilidade por fatos que não dependam em absoluto da vontade do indivíduo seria arbitrário e disfuncional⁽⁵⁾. Por isso, toda razão assiste a **Mir** quando diz que, "se a norma não pode motivá-lo, não faz sentido que o pretenda proibindo o fato".

Mas, se isso é certo, também o é a crítica de **Schünemann**, quando anota que a argumentação de **Mir** é plenamente válida não apenas para a hipótese de "desconhecimento da ilicitude do fato" (erro de proibição), mas também, e pelas mesmas razões, para toda e qualquer situação em que não se pode exigir do destinatário da norma conduta diversa, ficando prejudicada, assim, a "função motivadora". Sim, porque a norma penal também não pode motivar, v.g., o louco ou quem age sob o domínio de coação (moral) irresistível ou quem obedece a ordem hierárquica superior não manifestamente ilegal, etc. Com razão, pois, **Schünemann** quando diz que "o argumento de **Mir** tem a mesma validade em todas as causas de exclusão de culpabilidade". O ponto débil da formulação de **Mir**

radica, portanto, em cingir a aplicabilidade de seu argumento ao erro de proibição escusável. E só. No mais, é, segundo me parece, inteiramente procedente.

Tem razão **Schünemann**, ainda, quando afirma que o argumento de **Mir** conduz a uma superação total da diferenciação entre injusto e culpabilidade. Mas que mal pode haver nisso? Diferentemente de **Schünemann**, creio ser de difícil delimitação a distinção entre injusto e culpabilidade num sistema funcional do delito, parecendo-me que semelhante perspectiva conduz, inevitavelmente, a uma teoria monista e não dualista, a exigir, assim, uma completa reformulação da teoria do delito, fato que pode

"O Direito Penal somente pode pretender motivar condutas que possam ter seu curso mudado pela vontade do destinatário da norma, ou seja, situação em que se lhe pode exigir, razoavelmente, uma atuação conforme a lei."

conduzir, inclusive, à supressão de conceitos e categorias sistemáticas, clássicos da teoria do delito. Assim, por exemplo, a distinção entre erro de tipo e erro de proibição⁽⁶⁾, mesmo porque, com adotar a tese aqui exposta, o dolo passa a compreender, além de todos os elementos do tipo (objetivos, subjetivos, normativos), o significado social e cultural — jurídico, enfim — da ação.

E, com essa reformulação do conceito de tipicidade e de dolo, a capacidade de culpabilidade passa, sim, a ser elemento do dolo típico, até porque a problemática quanto ao que pertence ao tipo constitui a problemática mesma quanto à conduta que o legislador quer motivar⁽⁷⁾.

Finalmente, não vejo como a "conversão da capacidade de evitação individual do au-

tor em conteúdo da norma proibitiva" possa conduzir à impossibilidade de formulação de norma penal adequada, visto que "já não seria possível formular critérios objetivos de dever de cuidado, com o que se desvirtuaria a finalidade preventiva-geral do Direito Penal". Porque com um tal argumento emprega-se à teoria do delito uma importância que ela não tem, haja vista que, dirigidas à generalidade das pessoas, as normas jurídico-penais tomarão em conta, sempre, critérios de prevenção-geral, inevitavelmente, cabendo ao juiz individualizá-las segundo as nuances do caso concreto, convindo dizer, com **Rudolphi**, no entanto, que a pena somente se justifica quando constitui um meio apropriado, proporcionado e indispensável de coibir, não apenas de forma preventiva-geral, mas também de modo preventivo-especial as infrações de normas de condutas⁽⁸⁾.

NOTAS

- (1) "Resultados y Problemas en la construcción de un sistema de Derecho Penal funcional y 'racionalmente final'", in "Fundamentos de un Sistema Europeo Del Derecho Penal", José Maria Bosch Editor S.A., Barcelona, 1995.
- (2) "Derecho Penal, Parte General", 5ª ed., Barcelona, 1998, pp. 568-9.
- (3) "La función de la delimitación de injusto y culpabilidad", in "Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal", p. 224.
- (4) *Idem*, p. 238.
- (5) "Derecho Penal, Introducción", Universidad Complutense Madrid, 1995, p. 287.
- (6) Ver **Paulo Queiroz**, "Erro de Tipo e Erro de Proibição: Uma Distinção Supérflua", **Boletim IBCCrim**, 1999.
- (7) **Gimbernát Ordeig**, "Estudios", p. 172, Tecnos, Madrid, 1990, p. 172.
- (8) "El fin del Derecho Penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal", in "El sistema Moderno del Derecho Penal: Questiones Fundamentales", Tecnos, Madrid, 1991, p. 85.

O autor é procurador da República, professor da Universidade Federal da Bahia, mestre e doutorando em Direito Penal pela PUC/SP.

Lei nº 9.839/99: Inaplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais na Justiça Militar

EDISON MIGUEL DA SILVA JR

A Lei nº 9.839/99, de 27.09.99, acrescentou o art. 90-A à Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) determinando que: "As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar".

Expressando, dessa forma, conteúdo que o Superior Tribunal Militar já havia identificado na Lei nº 9.099/95, através da Súmula nº 9 ("A Lei nº 9.099, de 26.09.95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, não se aplica à Justiça Militar da União").

Contudo, consolidou-se em sentido contrário o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ou seja, aplica-se à Justiça Militar as disposições da Lei nº 9.099/95, nomeadamente a suspensão condicional do processo e

a exigibilidade de representação do ofendido nos casos de lesões corporais leves e culposas (RT 762/535 e **Ada Pellegrini Grinover** e outros, "Juizados Especiais Criminais", 2ª ed., Editora RT, p. 42).

"Dessa forma, o novo dispositivo legal abrange apenas os crimes militares próprios, sob pena de inconstitucionalidade."

Renova-se o debate: a Lei nº 9.099/95 tem aplicação na Justiça Militar?

Apesar da nova lei gramaticalmente ne-

gar a aplicação na Justiça Militar, não está invalidado o argumento segundo o qual as razões militares (disciplina, hierarquia, segurança) somente podem fundamentar tratamento distinto para os crimes exclusivamente militares. Aos crimes militares impróprios não se pode dar tratamento diferente daquele previsto para os crimes comuns, pois também são comuns. Fatos idênticos exigem a mesma reação penal, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da igualdade, bem como ao da proporcionalidade.

Dessa forma, o novo dispositivo legal abrange apenas os crimes militares próprios, sob pena de inconstitucionalidade.

Aliás, o primitivo art. 90 da Lei nº 9.099/95 ("As disposições desta Lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada.") teve declarada a sua inconstitucionalidade parcial pelo STF: "Pedido de liminar que se defere, em parte, para, dando ao art. 90 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, interpretação conforme à Constituição suspender ex tunc, sua eficácia com relação ao sentido de ser ele aplicável às normas de conteú-





do penal mais favorável contidas nessa lei" (ADIMC-1719/DF, Tribunal Pleno, 03.12.97).

Quanto à sua eficácia no tempo, a Lei nº 9.839/99 modifica o regime anterior, agravando a situação do sujeito (*novatio legis in pejus*). Segundo **Damásio Evangelista de Jesus** ("Direito Penal", 15ª ed., Saraiva, vol.

1, p. 71), a lei nova pode ser mais severa que a anterior em várias hipóteses. Como por exemplo: a lei nova suprime benefícios determinados pela antiga; a lei nova, mantendo o benefício, dificulta a sua obtenção; a lei nova exclui causas de extinção da punibilidade ou, mantendo-as, dificulta a sua ocorrência; a lei nova exclui condições de procedibilidade exigidas pela antiga. Logo, em relação à lei em estudo, vale a aplicação do princípio da

irretroatividade da lei mais severa.

Assim, o art. 90-A da Lei nº 9.099/95, acrescentado pela Lei nº 9.839/99, somente tem aplicação aos crimes militares próprios, ocorridos a partir do dia 27.09.99.

O autor é procurador de Justiça do Ministério Público de Goiás e coordenador do Caocriminal

Publicidade na Investigação Criminal

PAULA BAJER FERNANDES MARTINS DA COSTA

O Boletim IBC Crim de outubro de 1999 publicou artigo do promotor de Justiça **Marcelo Batloni Mendroni** intitulado "O Sigilo da Fase Pré-Processual". Segundo o estudo, as investigações pré-processuais podem acontecer sob sigilo. A divulgação das informações ao advogado do suspeito ofenderia a regra da igualdade de armas.

O raciocínio desenvolvido no texto é, em síntese, o seguinte: o autor do crime deixa de revelar as provas do ato e do fato e o Estado está autorizado a não mostrar a investigação.

O autor procura conciliar o art. 20 do Código de Processo Penal, que assegura sigilo no inquérito, com o art. 7º, XIV, do Estatuto do Advogado, que estabelece como direito do advogado "Examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos". A solução para o conflito aparente de normas é assim apresentada: "São direitos do advogado: examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos; DESDE QUE - a critério da autoridade responsável pelo inquérito ou procedimento investigatório, o sigilo NÃO SEJA necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade" (p. 11 do Boletim de outubro, maiúsculas do autor).

O texto desconsidera a Constituição para propagar, com citação de doutrina estrangeira (são lembrados alemães, italianos, espanhóis, argentinos), idéias adotadas na queima de hereges e aperfeiçoadas nos regimes autoritários.

A Constituição da República Federativa do Brasil é clara: "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, LV). E ainda: "O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado" (art. 5º, LXIII). Vê-se que até mesmo procedimentos administrati-

"O texto desconsidera a Constituição para propagar, com citação de doutrina estrangeira (são lembrados alemães, italianos, espanhóis, argentinos), idéias adotadas na queima de hereges e aperfeiçoadas nos regimes autoritários."

vos comportam defesa — supondo-se que o inquérito seja, no mínimo, um deles —, e que a assistência prestada ao preso no inquérito pelo advogado só pode ser a profissional, já que outra espécie de amparo lhe será prestada pela família. O exame do procedimento ou processo, o conhecimento do que ali está, é meio fundamental para a defesa, sem o qual ela sequer tem início.

A instrução criminal comporta exercício do direito de defesa em todas as suas fases. O advogado pode consultar e examinar todos os procedimentos, inclusive aqueles que ver-

sarem sobre prisão temporária e interceptação telefônica. Não se irá transcrever doutrina alguma para fundamentar esta assertiva, porque a fundamentação está na Constituição e no Estatuto do Advogado, promulgado mais de cinquenta anos após o Código de Processo Penal. Não há exceções.

A única conciliação possível entre o artigo 20 do Código de Processo Penal (que permite sigilo no inquérito) e o Estatuto do Advogado é a seguinte: o decreto de segredo no inquérito policial ou em qualquer outro procedimento não alcançará, jamais, o advogado.

A regra básica e muito antiga de que não há pena sem anterior processo não admite procedimentos secretos, inatingíveis para o advogado. Procedimentos ou processos — não importa o nome, pois a persecução penal é uma só — registram fatos. O registro da investigação criminal tem importância porque poderá vir a documentar a acusação e fundamentar recebimento de denúncia. O segredo da investigação implica a inexistência de procedimento e de registro e, portanto, a ilicitude da procura do crime e da autoria. O que deveria ser oficial torna-se oficioso e, portanto, para nada serve. Embora o sigilo do inquérito possa ser adequado para a descoberta do crime, e neste sentido uma tentação para aquele que o preside, a Constituição prevalece sobre a conveniência circunstancial da medida extrema.

Posições jurídicas como a exposta pelo dr. **Marcelo Mendroni** instigam o debate. Fazia muito tempo que alguém não defendia, com tanta convicção, o sigilo na investigação criminal e a relativização do direito do advogado de examinar procedimentos administrativos. A opção do texto foi posta à crítica. Sempre é bom lembrar a Constituição. Direitos e garantias individuais ainda existem formalmente.

A autora é procuradora da República, mestre e doutoranda em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo.

Quem Tem Medo da Publicidade no Inquérito?

ALBERTO ZACHARIAS TORON e MAURIDES DE MELO RIBEIRO

Marcelo Mendroni, promotor de Justiça dos mais denodados e estudioso de respeito, em seu bem lançado artigo "O Sigilo da Fase Pré-Processual" (Boletim IBC Crim nº 83), defendeu a necessidade de, em nome da "igualdade de armas", preservar-se o sigilo na fase pré-processual. Mais do que a invocação do Direito

alienígena, sustentou que o Direito Processual pátrio permitiria tal conclusão.

A despeito do esmero do trabalho, a Lei nº 8.906/94, no seu art. 7º, inc. XIV, é clara e, antes dela, o estatuto anterior (Lei nº 4.215/63), igualmente o era. Constitui **direito do advogado** "examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procura-

ção, autos de flagrante e de inquérito..., podendo copiar peças e tomar apontamentos";.

Ante a clareza da lei é evidente que a restrição que se quer impor aos advogados que representam indiciados ou meros investigados, isto é, de examinar e extrair cópias de parte dos autos, mais que odiosa, é patentemente ilegal.

De fato, se a lei assegura aos advogados o direito de poder ver os autos e copiar o que for importante, tal se encarta dentro de uma garantia maior que é a da ampla defesa. Sim, porque não se pode exercer esta sem que se conheçam os autos. Afinal, se dentro de um





inquérito for determinada de forma abusiva um indiciamento ou, por outra, decretar-se a prisão de um cidadão, como irão os advogados hostilizar eventual coação se não podem ter acesso ao feito? Isto para não falar em toda sorte de abusos que se podem cometer em matéria de colheita de provas ou indícios.

Não é à toa que **Fauzi Choukr**, promotor de Justiça em São Paulo, na monografia que lhe valeu a obtenção do título de Mestre pela Universidade de São Paulo em Direito Processual Penal, com propriedade adverte:

"...dentro de um Estado democrático não há sentido em se falar de 'investigações secretas', até porque, na construção do quadro garantidor e na nova ordem processual acusatória, deve o investigado ser alertado sobre o procedimento instaurado" ("Garantias Constitucionais na Investigação Criminal", SP, ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 92).

Mesmo que se queira, como fez **Mendonzi**, invocar o art. 20 do Código de Processo Penal, esta regra, tal qual realça o professor **Damásio de Jesus** com apoio na jurisprudência (RT 498/337) não se estende ao advogado com procuração, pois o acesso à íntegra dos autos representa um "direito que lhe é assegurado" ("Código de Processo Penal Anotado", SP, 9ª ed., Saraiva, 1991, p. 15). Na mesma linha colocam-se vários outros precedentes: RJTJESP, ed. Lex, 90/477 e 97/541. Aliás, idêntico é o escólio de **Mirabete**, quando precedentemente ressalva apenas a situação do advogado que não tem procuração nos autos em caso coberto pelo sigilo ("Código de Processo Penal Interpretado", 6ª ed., SP, Atlas, 1999, p. 62).

Até mesmo a famigerada Lei do Crime Organizado, que na obstinada pretensão de

salvaguardar dados sigilosos, de forma inédita, prevê a realização de diligências pessoais pelo magistrado, assegura ao advogado constituído acesso aos autos (art. 3º, § 3º).

Na verdade, quando se garrotearem as prerrogativas profissionais dos advogados, atinge-se exatamente a garantia constitucional da ampla defesa em razão da falta de conhecimento do conteúdo de diligências ou atos praticados nos autos do inquérito

"Ante a clareza da lei é evidente que a restrição que se quer impor aos advogados que representam indiciados ou meros investigados, (...) mais que odiosa, é patentemente ilegal."

policial, bem como o não acompanhamento regular dos inquéritos policiais. E o direito à ampla defesa, remarque-se, está constitucionalmente previsto, inclusive na fase pré-processual (art. 5º, inc. LV). O que está em jogo não é apenas o interesse corporativo, mas, na verdade, cuida-se de resguardar, dando vida à garantia constitucional da ampla defesa, o cidadão.

Tudo isto já seria mais do que suficiente para responder a todos aqueles que pensam em restaurar o sigilo absoluto do inquérito, tal como uma das odiosas regras das investigações promovidas pela Santa Inquisição. Ainda assim, há sempre quem possa defender o sigilo para que se viabilizem as investigações. Esta idéia chega a sugerir, ainda que obliquamente, a prática de crime no exercício da Advocacia, ou, por outra, um inadmissível desconhecimento do que significa o seu exercício. Aliás,

considerando que a determinação de diligências normalmente é verbal e só são reduzidas a termo depois de efetivadas, convém perguntar-se: se forem lícitas as providências desencadeadas, por que escondê-las?

Para garantir uma suposta paridade de armas? Ora, o direito ao sigilo nada tem a ver com o de não se incriminar, cujo assento é constitucional e, menos ainda, com a denominada "*par conditio*". A vingar a proposta de **Mendonzi**, o Ministério Público e a polícia poderão tudo e o cidadão sequer defender-se adequadamente. De se lembrar, com **Bobbio**, que um ordenamento jurídico, não raro, repousa sobre valores antinômicos (liberdade X segurança) e esta antinomia não é jurídica propriamente dita, mas ideológica. A proposta, na verdade, procura espezinhar princípios e garantias constitucionais, de antiga tradição, em nome de uma suposta eficiência.

Todavia, na feliz expressão do eminente professor **Celso Antonio Bandeira de Mello** em memorável artigo de jornal ("*Ainda há juízes em Berlim*", *Folha de S. Paulo*, 18.04.96, p. 3):

"A Constituição e as leis não existem para serem respeitadas apenas pelos cidadãos, mas para se imporem a todos, aí incluídas as autoridades públicas (...)".

E, mais à frente, citando **Yering**, arremata: "*a forma é inimiga do capricho e irmã gêmea da liberdade*".

Alberto Zacharias Toron é
advogado, professor de Direito Penal
na PUC-SP, mestre em Direito Penal pela
USP e ex-presidente do IBCCrim;
Maurides de Melo Ribeiro
é advogado, ex-diretor do IBCCrim
e ex-presidente do Conen-SP.

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE

O Caso Pinochet à Luz do Direito Penal Internacional

GUILHERME MEROLLI

Em 17 de outubro de 1998 o ex-ditador chileno **Augusto Pinochet** foi retido em Londres devido ao cumprimento de um pedido de extradição, formulado pelo juiz espanhol **Baltazar Garzón**, que cuida do processo penal instaurado contra o atual senador vitalício chileno, pela prática de crimes de tortura e de genocídio durante o feroz regime militar chileno. Os defensores de **Pinochet** argumentam, entre outras coisas: que **Pinochet** goza de imunidade diplomática, que a Justiça espanhola é incompetente para julgar os crimes aludidos e que os governos espanhol e inglês ainda demonstram espasmos de colonialismo. Pois bem, rebateremos cada um destes argumentos estapafúrdios, utilizando, para tanto, o imprescindível rigor técnico que exige o Direito Penal Internacional.

Quanto à existência de imunidade diplomática do senador **Pinochet**, primeiramente,

deve-se ressaltar que este instituto não é uma causa de isenção pessoal de pena (como o é a imunidade parlamentar material), mas sim uma causa de isenção de jurisdição. Vale dizer: os representantes diplomáticos não se sujeitam às regras dos países onde se encontram acreditados, mas às regras do seu país de origem. Entretanto, este instituto não pode ser alegado pelo ditador chileno, uma vez que ele não se encontrava em missão diplomática (viajava por motivos de saúde). Além disso, cabe perguntar: como o Estado chileno pretende exercer o seu poder jurisdicional se, anos atrás, este mesmo Estado aprovou uma lei regulando a anistia aos criminosos militares daquela época?

Quanto à incompetência da Justiça espanhola para julgar o caso, deve-se ressaltar que há muito tempo no Direito Penal inexistiu o princípio da territorialidade rígida (pelo qual os crimes serão sempre julga-

dos no local de seu cometimento). A doutrina e as legislações nacionais já consagraram outros princípios que temperam essa territorialidade, outrora rígida. Dentre eles se destacam dois: o princípio da nacionalidade ou personalidade passiva (pelo qual os crimes cometidos contra estrangeiros suscitam a competência forasteira para julgá-los) e o princípio da Justiça Penal cosmopolitana ou universalidade penal (pelo qual todas as jurisdições nacionais devem integrar-se para que se evite a impunidade de autores dos delitos de lesa-humanidade). Ora, parece-me que, neste caso, ambos os princípios são aplicáveis, ocasionando, por conseguinte, a extraterritorialidade da lei penal espanhola. Ademais, cabe salientar que as denúncias oferecidas contra **Pinochet** dizem respeito a práticas de tortura e de genocídio contra cidadãos espanhóis. Resta lógico que, a partir de um momento em que Estado lesa interesses ou bem jurídicos de um outro Estado (como foi o caso), legitima-se este a apurar os crimes cometidos no território daquele.

Quanto ao colonialismo alegado pelos pinochetistas, algumas situações merecem





ser esclarecidas. Quando argumentam que outros ditadores como **Fidel** e **Franco** não respondem ou não responderam por seus atos, esquecem que o primeiro ainda é chefe de Estado (ao contrário de **Pinochet**), ao passo que o segundo perpetrou barbaridades contra os seus compatriotas (ao contrário de **Pinochet**, que daqui a alguns anos despertará o interesse de quase todas as jurisdições do planeta). Além disso, acredito que não estamos diante de uma questão essencialmente ideológica, pois não se trata de uma vitória da "esquerda" sobre a "direita", e, sim, da maturação de um processo dogmático do próprio Direito Penal Internacional. Portanto, defendo que todos os ditadores devam ser julgados, sejam eles de "esquerda" ou de "direita". Prefiro nivelar as situações antiéticas através de uma igualdade de ideais e, não, mediante a igualdade da complacência.

Porém, o fato que mais irrita aos atuais representantes do governo chileno (ainda extremamente vinculados às forças militares) é que tanto o Poder Executivo espanhol quanto o Poder Executivo inglês não obstaculizaram os procedimentos administrativos da extradição, deixando todos os questionamentos daí oriundos ao encargo dos respectivos membros do Poder Judiciário. Isto é aviltante para a nossa cultura do "maletín" (ou seja: um bom papo e uma boa "mufunfa" resolvem tudo). Realmente, não há como um latino-americano permanecer indiferente diante de tamanha seriedade institucional demonstrada por estes países altamente democráticos.

Como bons amantes da democracia, cabe-nos bater no peito e clamar por "justiça"! Em último lugar, resta uma pequena indagação: onde estava, a agora tão proclamada jurisdição chilena nestes últimos oito anos? Por que devemos esperar que, agora, ela resolva aparecer, se durante todo este período ela permaneceu inerte e obnubilada?

Pelo acima exposto, não sobra nenhuma dúvida técnica quanto à legalidade do processo de extradição que recai sobre **Augusto Pinochet**. Também não sei o porquê de tanta algazarra sobre a extradição, se esta é meramente um passo administrativo internacional que permite à jurisdição mais interessada em julgar o extraditado o seu exercício pleno e eficaz. Portanto, **Pinochet** (como qualquer

outro) deve ser extraditado pela Inglaterra à Espanha para que possa responder aos processos contra ele instaurados pela prática dos crimes de tortura e genocídio.

Contudo, da mesma forma que se defende a legalidade do processo de extradição (em atenção ao rigor técnico do Direito Penal Internacional), deve-se defender a absolvição do ditador nos processos criminais contra ele instaurados, posto que os crimes de tortura e de genocídio foram tipificados pela lei espanhola numa época bem posterior ao cometimento dos mesmos por **Pinochet** (apenas em 1996, mediante a Ley Orgánica 10/96, que instituiu a nova parte especial do Código Penal Espanhol). Logo, em observância ao princípio da irretroatividade da *novatio legis* incriminadora e, sobretudo, em respeito ao princípio da legalidade (pelo qual não há crime sem lei anterior que assim o defina), deve-se propugnar pela absolvição do senador chileno se, porventura, ele vier a

ser julgado pela Justiça espanhola. Ademais, existem sérias dúvidas quanto à tipicidade do crime de genocídio (extermínio coletivo de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso), uma vez que, por ordem do general chileno, foram ceifadas vidas de pessoas oriundas de diversos países (por possuí-

rem determinadas crenças políticas) e, não, única e exclusivamente vidas de cidadãos espanhóis.

Reconheço, no entanto, que este contraste ideológico (oriundo da dogmática penal internacional) assuste e frustre aos idealistas de plantão. Mas a estes deixo um recado: não tenham dúvidas de que, em todas as consciências e inconsciências deste planeta, a figura deste senhor está irremediavelmente atrelada à morte e ao desespero causados em muitos dos nossos semelhantes. Portanto, esqueçamos este senhor! Assim, evitaremos que sempre haja um microfone aberto para ele dizer as suas maquiavélicas besteiras ("*Divide e impe-ra!*"). Guardemos apenas a esperança de que esta "coação tecnológica" freie o desrespeito aos direitos humanos fundamentais, sejam eles de qualquer ordem: principalmente se estivermos tratando do indelével direito de contestar.

O autor é acadêmico do 10º período da Faculdade de Direito de Curitiba (PR).

"Quanto à incompetência da Justiça espanhola para julgar o caso, deve-se ressaltar que há muito tempo no Direito Penal inexistiu o princípio da territorialidade rígida (pelo qual os crimes serão sempre julgados no local de seu cometimento)."

NOTÍCIA

Direito Tributário

A Academia Brasileira de Direito Tributário promoverá, nos dias 8 e 9 de novembro p.f., no Hotel Brasilton, a **1ª Jornada de Estudos Tributários de São Paulo** que terá como tema central "*O Direito Tributário no Final do 2º Milênio*" e incluirá várias palestras de Direito Penal e Processual Penal. Maiores informações e inscrições nos tels. (0XX11) 255-6008/6052 ou fax (0XX11) 255-6314.

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 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
- Triumphus - 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